Theorie und Casuistik

des

gemeinen Civilrechts.

Ein

Handbuch für Praktiker

verfaßt von

Rudolph Freiherrn von Holzschuher,

Doctor der Rechte und vormals Reichsstadt Nürnbergischem Rathsconsulenten, Ritter des Königlich Bayerischen Verdienstordens vom heiligen Michael.

Dritter Band.

(Obligationenrecht.)

Dritte neu vermehrte und verbesserte Auflage,

nach dem Tode des Verfassers besorgt

von

Dr. Johannes Emil Kuntze,

a. o. Professor der Rechte in Leipzig.

Leipzig,

Baumgärtner's Buchhandlung.

1864.

Dr. Rudolph Freiherr von Holzschuher,

Theorie und Casuistik

des

gemeinen Civilrechts.

Vorwort

des Herausgebers der dritten Auflage.

Unter den von mir herrührenden Einschaltungen, welche sich in diesem dritten Bande finden, hebe ich folgende hervor: 1) eine Uebersicht der praktisch wichtigen Klassen der Obligationen (in §. 211.); 2) eine Recapitulation meiner Theorie der Correalobligation (in §. 220. S. 111—115); 3) eine Anmerkung über das Wesen der Cession (in §. 223. S. 151. 152.); 4) Betrachtungen über Auslobung, Preisausschreibung und Prämienausgebot (in §. 235. S. 297—302.); 5) über Abschluß und Perfection von Verträgen, insbesondere unter Abwesenden und durch Subscription (in §. 236. S. 301. 309—313.); 6) über telegraphische Vertragseingehungen (in §. 240. S. 338—340.); 7) über die Begriffsbestimmung der Assignation (in §. 277. S. 667. 668.); 8) über einige Fragen des Verlagscontractes (in §. 289. S. 799—802.); 9) über die Erstreckung des Pfandrechts auf die Versicherungssumme (in §. 292. S. 825. 826.) und 10) über die Parömie, „Kauf bricht Miethe" (in §. 299. S. 881. Anm.).

Von meinem im Vorwort zum ersten Bande gestellten Ausscheidungs-Vorbehalte habe ich nur beschränkten Gebrauch gemacht, theils mit Rücksicht auf den Standpunkt derer, welche (wie z. B. Thöl, Renaud) das Handelsgesetzbuch nicht als Ausdruck des

„gemeinen Rechts" ansehen, theils weil einzelne Materien (z. B. über kaufmännische Empfehlung und Creditbrief) nicht im H.-G.-B. vorkommen, theils endlich weil gewisse Partien nicht ausschließlich handelsrechtlicher Art sind oder nicht als solche gelten (z. B. actio institoria, Aktienverein, Assecuranz). Zu einer Umarbeitung der betreffenden Stücke habe ich mich nicht veranlaßt gefunden und mich daher begnügt, die Citate der einschlagenden Artikel des H.-G.-B. einfach passenden Ortes einzuschalten. An vielen Stellen war eine Ausscheidung der handelsrechtlichen Ausführungen schon darum nicht wohl möglich, weil sie zu eng mit dem civilrechtlichen Bestandtheil verbunden waren.

Völlig ausgeschieden habe ich den von der Wechselverpflichtung handelnden Paragraphen, welcher in der 2. Aufl. sich an die Darstellung der Assignation anschloß und folglich in der 3. Aufl. nach dem §. 278. seinen Platz gefunden haben würde. Diese Ausscheidung schien mir sich um so mehr zu rechtfertigen, da der Verfasser überhaupt nur wenige ziemlich willkürlich herausgegriffene Fragen berührt hatte, und dieselben überdies durch die Nürnberger Novellen theilweise erledigt sind. Außerdem ist die handelsrechtliche Ausführung, welche der Verfasser in §. 244. zu Nr. 9. eingeflochten hatte, als durch Art. 349. des H.-G.-B. erledigt, in Wegfall gebracht und die den Schluß des §. 276. bildende Anmerkung, mit Rücksicht auf den seerechtlichen Theil des H.-G.-B., beträchtlich gekürzt worden.

Das sorgfältig revidirte und vermehrte Register zur dritten Auflage wird der Bemühung des Herrn Advocat Puttrich verdankt.

Auf S. 50. des zweiten Bandes (3. Aufl.) habe ich die Delbrück'sche Theorie über das moderne System der Eigenthums- und Besitzklagen erwähnt und, da ich dies mit den Worten des Hauptrecensenten dieser Theorie, Bruns, that, dies durch Anführungszeichen ausdrücken zu müssen gemeint. Auf den ausdrücklichen Wunsch Delbrück's, welcher hieraus das Mißverständniß befürchtet, daß diese Formulirung des Resultates von ihm

selbst herrühre, bemerke ich daher, daß die angeführten Worte nicht die Delbrück's sind, sondern das Resultat geben, wie es von Bruns aufgefaßt und zur Unterlage seiner Kritik genommen worden ist. Delbrück selbst findet diese Auffassung nicht durchaus zutreffend. Allerdings, wer aus jener Formulirung entnehmen würde, daß Delbrück den Begriff des älteren Besitzes begrifflich und schlechthin an die Stelle des Eigenthumsbegriffs setzen und die sämmtlichen Besitzklagen geradezu in den Bereich der deutschen Schutzklage „aus älterem Besitz" aufgenommen wissen wolle, sowie daß gegenüber der „Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen" überhaupt keine andere Einrede als die des Eigenthums zugelassen werden solle, — der würde die wahre Ansicht Delbrück's nicht treffen (vergl. dessen Schrift üb. d. dingl. Klage des deutsch. R. §. 57. 64.); Alles das auszusprechen, lag aber wohl auch in Bruns' Absicht nicht. Die Sache selbst anlangend, die bis jetzt eine offene Frage ist, so ist hier nicht der Platz, sie zu erörtern.

Berichtigungen. Band I.: Auf S. 335. Z. 12. v. u. fehlt: Zu 6).; — auf S. 434. Z. 17. v. o. statt „facto" lies: facta; — auf S. 461. Z. 9. v. u. statt „ich" lies: sich; — auf S. 555. Z. 1. v. o. statt „10" lies: 20; — auf S. 636. Z. 12. v. u. competentiae. — Band II.: Auf S. VI. Z. 6. v. u. statt „§. 126." lies: §. 125., und ebendas. auf Z. 9. v. u. statt des Citats lies: §. 107. S. 257. 269. und 132.; — auf S. 131. Z. 19. u. 27. statt „Er" lies: 1; — auf S. 551. Z. 20. v. o. statt „Verpflichtung" lies: Verknüpfung; — auf S. 613. Z. 3. v. u. statt des zuerst angeführten Citats lies: §. 106 a. (Bd. II. S. 257.); — auf S. 620. Z. 22. v. o. statt „§. 126." lies: §. 125. — Band III.: Auf S. 355. in der Paragraphüberschrift statt „b)" lies: h); — auf S. 882. Z. 7. v. u. statt „würde" lies: würden; — auf S. 907. Z. 7. v. u. statt „viatorio" lies: viatores; — auf S. 957. Z. 3. v. u. statt „duplica" lies: duplicia; — auf S. 1124. Z. 10. v. u. lies: Interessenklage.

Leipzig, im October 1864.

Dr. J. E. Kuntze.

[illegible]

Berichtigungen. Band I. Auf S. 312 Z. 18 [illegible] — auf S. 384 Z. 17 [illegible] — auf S. 401 Z. 4 [illegible] — auf S. 565 Z. 1 [illegible] 20; — auf S. 569 Z. 12 [illegible] compositiones. — Band II. Auf S. VI Z. 11 [illegible] „§. 126" lies „§. 125" [illegible] — auf S. 351 [illegible] — auf S. 661 Z. 2 v. o. statt „Verpflichtung" lies „Verknüpfung"; — auf S. [illegible] — Band III. Auf S. 385 [illegible] — auf S. 1124 Z. 10 v. u. lies „Intercession".

Leipzig, im October 1864.

Dr. J. E. [illegible]

Allgemeine Uebersicht des dritten Bandes.

Obligationenrecht.

Allgemeiner Theil.

Besonderer Theil.

A. Von den einzelnen Obligationen aus Verträgen und vertragsähnlichen Verhältnissen.

I. Selbständige Obligationen.

1) Streng einseitige und solche, welche nur zufällig zweiseitig sind.

2) Wesentlich zweiseitige Obligationen.

C. Von einzelnen Obligationen aus Delicten und delictsähnlichen Gründen.

Schlußbemerkung.

Abgesehen von denjenigen Gegenständen, welche h. z. T. in das Polizei- und Strafgebiet fallen, mithin außer dem Plan des gegenwärtigen Werks liegen, sind noch in anderen materiellen Verbindungen behandelt hierher zu bemerken: das Interdict. unde vi und die Act. spolii s. Bd. II. §. 90. — das Interdictum de precario in der Lehre vom Precarium s. Bd. III. §. 270. — Act. quod metus causa — act. et exc. doli s. Bd. I. §. 22.

Allgemeiner Theil.

Von Obligationen im Allgemeinen.*)

Kapitel I.

Begriff und Hauptarten der obligatio.

Inst. III. 13. (14.) de obligationibus. Dig. XLIV. 7. Cod. IV. 10. de obligationibus et actionibus.

§. 206.

1. Römische Eintheilungen.

Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. l. 3. pr. D. 44. 7.

Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae secundum nostrae civitatis jura. pr. I. de obligat. III. 13. (14.)

---

*) Bucher das Recht der Forderungen 2. Aufl. 1830., Koch das Recht der Forderungen nach gem. u. nach Preuß. Rechte 3 Bde. 1836., 2. Ausg. 1859., Unterholzner quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des R. R. v. d. Schuldverhältn. 2 Bde. 1840., Gans üb. röm. Obl.-R., Heidelb. 1819., Sintenis prakt. gem. Civilrecht Bd. II. das Obligationenrecht, v. Savigny Obligationenrecht Berlin 2 Bde., 1851. 1853., Ebendesselben System d. R. R. Bd. V. S. 589., Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. X. S. 219. über dare, facere, praestare als Gegenstand der Obligationen; Arndts Pand. §. 201 ff., Brinz Pand. I. S. 361 ff., v. Keller Pand. §. 219 ff.

Die Forderung (obligatio) ist da, um erfüllt zu werden, also um aufzuhören, während Sachen= und Familienrechte dauernd sind; Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 369.*)

a. Obligatio stricti juris und bonae fidei.

Von den Eintheilungen der obligatio, deren mehrere antiquirt sind, ist für unsern praktischen Zweck wohl zunächst diejenige in das Auge zu fassen, welche von dem verschiedenen Grad ihrer Wirksamkeit hergenommen ist, nämlich in obligatio civilis und naturalis.

Wenn Mehrere auch an dem älteren Unterschied zwischen obligatio stricti juris und bonae fidei bei den aus dem röm. Recht stammenden obligator. Rechtsverhältnissen noch einigermaßen festhalten, — Roßhirt Zeitschr. f. Civil= und Criminalr. Bd. I. S. 71., Gans röm. Obl.=Recht Abschn. I. dessen Scholien zum Gajus S. 388., Elvers Beitr. zur Rechtswissenschaft S. 69., H. G. Stever Comm. de summario Romanorum judicio seu de stricti juris et bonae fidei actionibus Lips. 1822., A. W. Heffter Instit. des röm. und deutsch. Civilproc. S. 384. — so werden wir jener Eintheilung doch gewiß auf unserem rein praktischen Standpunkt kaum einige Bedeutung zuzuschreiben haben, da jetzt alle Schuldverträge ein auf Treu und Glauben beruhendes Schuldverhältniß erzeugen; Glück Thl. IV. S. 127. §. 296., S. 254. §. 310., Gundling Diss. de usu practico act. b. f. et stricti juris. Halae 1724., Höpfner Instit. §. 751., Mackeldey Lehrb. Bd. I. §. 196., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 329., Haselberg de contr. et act. b. f. et stricti juris Gryph. 1737. c. 4—6., Mühlenbruch in den Heidelberger Jahrbüchern 1821. S. 84., Puchta Pand. § 236., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 8.

[Daß jene Eintheilung im vollen römischen Sinne, namentlich des älteren Rechtes, heutzutage ohne praktisches Interesse sey, ist von Allen anerkannt; jedenfalls kann heute alles mit der besonderen

**) [Es ist nicht richtig zu sagen, die Obligation sey da, um aufzuhören, oder sie finde in ihrer Aufhebung ihre Bestimmung; ihr Ziel ist vielmehr die Geltendmachung, Ausübung, Erfüllung. Allerdings kommt der römische Rechtssatz hinzu, daß die Erfüllung zur Aufhebung der Obligation führe, aber dieser Satz ist keineswegs durchgreifend, z. B. nicht beim nexum, beim Wechsel, bei Obligationen mit dauerndem Inhalt.]

Stellung des Richters im älteren röm. Proceß und dessen Abhängigkeit vom Prätor Zusammenhängende nicht mehr in Betracht kommen. Allein mit diesem formellen Kriterium verband sich ein sachliches, der Unterschied von Fällen, die von den Parteien so spruchfertig organisirt waren, daß der Richter eben nur ein Ja oder Nein zu sagen oder die Uebereinstimmung des Thatsächlichen mit der behaupteten Rechtsform einfach auszusprechen hatte (judicium im alten engen Sinne), und von solchen Fällen, die sich nicht von vornherein so spruchfertig gestalten ließen und daher eine Erwägung, welche jeden einzelnen Fall in seiner ganzen individuellen Gestaltung berücksichtigte, vom Richter verlangten (arbitrium im eigentlichen Sinne). Vergl. v. Keller Röm. Civilproc. §. 88. Im Ganzen und Groben läßt sich wohl sagen, daß dieser Unterschied eines straffen und elastischen Rechts der des certum und incertum ist, vergl. Brinz Pand. I. S. 381., und es ist zu betonen, daß in diesem Unterschiede ein Moment von erheblicher praktischer Bedeutung hervortritt und darum für alle Zeiten und Kulturstufen wichtig ist. Der praktische Werth einer Obligation bemißt sich vor Allem nach dem Grade ihrer Exigibilität; auf gewissen Kulturstufen, wo die Formen des Rechtsschutzes noch schwerfällig und karg sind, und in gewissen Verkehrsgebieten, z. B. im Handelsverkehr, wo Raschheit und Leichtigkeit im Interesse vornan stehen, sind nur die strikten, knappen, glatten Obligationen rechte und werthvolle Forderungsrechte, die anderen sind dies nur unvollkommen. Dies findet auch der moderne Handel, welcher darum im Wechsel und in den übrigen Arten des Handelspapiers ein System geschaffen hat, das uns mit seinen knappen, schematischen Geschäftsformeln und kurz angebundenen Klagen wohl an die obligationes stricti juris des römischen Rechts erinnert.]

---

b. Obligatio naturalis und civilis.

Auch dieser Lehre praktische Bedeutsamkeit ist, wie Sintenis gem. Civilrecht Bd. II. §. 82. S. 16. gewiß mit Wahrheit ausspricht, sehr gering. Der Unterschied zwischen oblig. civilis und naturalis kann bekanntlich sowohl auf die Rechtsquelle als auf die Wirksamkeit der obligatio bezogen werden, indem er in ersterer Hinsicht mit dem Gegensatz des jus civile zum jus gentium parallel läuft; l. 84. §. 1. D. 50. 17. — In jener Zeit, wo alles Recht in starre Formen gezwängt war und Consequenz als unverletzlich galt, konnte man bei

der unbegrenzten Mannigfaltigkeit eines immer ausgedehnteren menschlichen Verkehrs gar leicht Verbindlichkeiten begegnen, welche mit dem, was eine folgerichtige Anwendung römischer Rechtsgrundsätze fordert, nicht in Einklang gebracht werden konnten, wenn es gleich weder der naturalis ratio ermangelte, noch als der Sittlichkeit (boni mores) oder dem Wohlstand des Gemeinwesens (welchen man durch das Familienwohl als bedingt betrachten kann) zuwiderlaufend gänzlich reprobirt werden konnte.*) Diese Nothwendigkeit, die naturalis ratio nicht ohne alle Berücksichtigung zu lassen, verminderte sich zwar zum Theil durch die vom unabweislichen Bedürfniß gebotenen allmählichen Milderungen der Formenstrenge, aber sie hörte doch nicht in aller Beziehung auf.

Die meisten Fälle der naturalis obligatio bei den Römern sind jetzt antiquirt; s. Unterholzner Schuldverh. Bd. I. §. 9., v. Savigny Obl.=Recht Bd. I. S. 124. Der wichtigste Fall ihrer Anwendung, nämlich auf formlose Verträge, könnte, nachdem die Eigenthümlichkeit des nudum pactum im Gegensatz der Stipulation verschwunden ist, nur da in Betracht kommen, wo noch h. z. T. durch Landesgesetze für gewisse Verträge die Klagbarkeit ausgeschlossen ist, z. B. im Mangel schriftlicher oder gerichtlicher Errichtung, indessen bleibt auch da die Anwendung der römischen Grundsätze schwierig. Der Fall der Proceßverjährung ist bereits im Bd. I. §. 19. S. 219. zu Fr. 16. erörtert worden. [Hier sey nachträglich dazu bemerkt, daß neuerdings Schwanert Die Naturalobligationen, S. 452 ff. in Uebereinstimmung mit Bekker zu dem Resultat gelangt: die Verjährung sowohl des älteren als des justinianeischen Rechtes hebe das debitum auf, so daß dasselbe von nun an zu einer jeden rechtlichen Bethätigung unfähig werde; da aber in der Verjährung keine solutio der rechtlich begründeten causa solvendi liegt, so bleiben die für dieselbe während des Bestandes des debitum begründeten Accessionen auch nach Eintritt der Verjährung giltig, so lange bis auch sie für sich selbst der Verjährung verfallen.]

[In der vom Verf. cit. l. 84. §. 1. D. de R. J. ist der Ausdruck natura offenbar nicht im technischen Sinne der naturalis obligatio gebraucht. Der Begriff der letzteren hat an und für sich gar nichts mit dem jus gentium zu thun, und es ist vielmehr zu sagen, daß jener Begriff auf dem Boden des Civilrechts erwachsen ist. Ein

---

*) Solche obligationes reprobatae waren: die Verbürgung der Frauenspersonen, die Obligation eines Verschwenders, die Verbindlichkeit eines Unmündigen, der außergerichtliche Vergleich über künftige Alimente, und die Schenkung unter Ehegatten.

Sklave, der promittendo sich verpflichtet, wird naturaliter obligirt: hier sehen wir, wie aus einer civilrechtlichen Geschäftsform eine naturalis obligatio hervorgeht; eine obligatio civilis wird in litem deducirt und es bleibt in Folge des Proceßeinflusses eine naturalis obligatio (neben der neuen Proceßobligation) übrig. Vergl. Holtius Abhandl. ed. Sutro. (1852.), S. 6., Brinz Pand. I. S. 571., Schwanert Die Naturalobligationen S. 52. 155 ff. — Was der Verf. den wichtigsten Fall ihrer Anwendung nennt, das ist überhaupt ein sehr bestrittener Fall; meines Dafürhaltens ist es ein durchaus unrömischer Gedanke, aus einem pactum nudum eine obligatio naturalis hervorgehen zu lassen; das pactum brachte es zu einer exceptio (doli generalis), aber nimmermehr zu einer positiven Rechtsschöpfung; s. Schwanert a. a. O. S. 123 ff. Man erwäge auch, zu welcher Consequenz man damit gelangt seyn würde: daß man durch ein pactum nudum eine naturalis obligatio schaffen konnte, um dann durch ein constitutum debiti (proprii) eine klagbare obligatio zu erzielen. Ist aber von einer solchen Manipulation auch nur eine leise Spur in den Quellen zu finden? Und doch wie häufig und praktisch hätte sie seyn müssen, wenn sie nicht eben den Römern als eine Monstrosität erschien. — Ueber das Preußische Landrecht vergl. Koch R. d. Forderungen Bd. I. (2. Ausg.) S. 21 ff.]

Von der naturalis obligatio aus den Rechtsverhältnissen zwischen Vater und Sohn, s. unten Kap. V. §. 237. Nr. 5.

Zunächst dürften den Praktiker folgende Fragen interessiren:

1) In welchen Fällen ist auch h. z. T. noch eine naturalis obligatio anzunehmen? und was die besonders bestrittenen Fälle anbetrifft:
   a) Befindet sich der Pupill, welcher sich ohne Autorität des Vormunds obligirt hat, gleichwohl in obligatione naturali?
   b) Wird durch res judicata auch die natürliche Verbindlichkeit aufgehoben?
2) Wie weit geht die Wirksamkeit einer blos natürlichen Verbindlichkeit?*)

*) Zur Erklärung der schwierigen Gesetzstelle l. 16. §. 4. D. 46. 1. vgl. Glück Thl. I. S. 189. not. 41., Weber über d. natürl. Verb. §. 51. not. 2, s. vorzüglich v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 567. no. 1.

Zu 1) Eine natürliche Verbindlichkeit besteht ohne Zweifel zufolge des Grundsatzes: nemo cum damno alterius locupletior fieri debet. Die Verbindlichkeit aus solcher Bereicherung ist nämlich selbst in das jus civile aufgenommen, daher sogar eine klagbare. Ferner, vermöge des in den Gesetzen für die Verantwortlichmachung der Magistrate benutzten Grundsatzes: quod quisque in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur. l. 1. §. 1. l. 3. §. 7. D. 2. 2., Koch R. d. Ford. (2. Ausg.) Bd. 1. S. 20.

Hiernächst bei der Verbindlichkeit des Haussohns aus einem Gelddarlehn, l. 40. D. 12. 6. l. 9. §. 4. 5. l. 10. D. 14. 6.**) Vergl. Schwanert Die Naturaloblig. S. 341 ff. Desgleichen bei den durch ein civilrechtliches Gewaltverhältniß beschränkten Personen, nämlich bei Verbindlichkeiten, welche zwischen Vater und Sohn und Brüdern, die in väterlicher Gewalt stehen, nur civilrechtlich nicht entstehen können. Vergl. Schwanert a. a. O. S. 299 ff.

Bei einer Verbindlichkeit, welche durch Beifügung einer bestimmten Zeit erst nach deren Ablauf klagbar wird, kann gesagt werden, daß derjenige, welcher früher zahlt, nur eine natürliche Verbindlichkeit erfüllt habe; l. 16. pr. l. 17. l. 18. D. 12. 6., Bucher Recht der Forder. §. 6.

Zu a) In welchen Fällen ein Pupill aus einer ohne Autorität des Vormundes ihm erwachsenen Verbindlichkeit sogar mit einer Klage angegriffen werden kann (nämlich ex delicto, ferner si actio ex re venit, und aus Bereicherung mit dem Schaden eines Andern), ist bereits Bd. I. §. 79. zu Nr. 1. angegeben. Aber außerdem wenigstens eine naturalis obligatio anzunehmen, wie von Mehreren behauptet wird, möchte man um so weniger geneigt seyn, wenn man Puchta's Ausführung in s. Pand. §. 237. als gelungen erkennen muß, wonach sich alle Fälle, wo in unseren Rechtsquellen von einer naturalis obligatio des Pupillen die Rede ist, auf das Princip der Bereicherung zurückführen lassen. Die verschiedenen Meinungen hierüber s. Büchel civilrechtliche Erörterungen Bd. II. S. 68., Brandis in Linde's Zeitschr. Bd. VII. S. 151., Roßhirt Zeitschr. für Civil- und Criminalr. Bd. I. S. 130., Mühlenbruch Lehrb. Bd. II. §. 330., Rudorff Vormundschaftsr. Bd. II. S. 280., Glück Thl. IV.

---

*) Die naturalis obligatio des filiusfamilias kann aber, so lange die väterliche Gewalt dauert, auch nicht Gegenstand einer Novation werden, obgleich sonst wohl eine naturalis obligatio einer Novation sowie auch einem Constitut zur Grundlage dienen kann; l. 1. §. 1. D. 46. 2. — l. 1. § 7. D. 13. 5.

S. 66., Weber v. d. nat. Verbindl. §. 71., Reinhardt die Lehre d. R. R. v. d. Verbindl. im Allgem. und v. d. Verbindl. insbesondere §. 72., Bucher d. Recht der Forderungen §. 5., Francke civilist. Abhandl. S. 66., Unterholzner Lehre v. d. Schuldverh. Bd. I. S. 14. und 157., v. Vangerow krit. Beleuchtung der verschied. Ansichten in s. Pand. Bd. I. §. 279., Gesterding Ausbeute Th. II. no. 1. über die naturalis obligatio der Pupillen. [Diese Streitfrage ist namentlich in neuerer Zeit wieder lebhaft erörtert worden; vergl. außer v. Savigny System Bd. III. S. 39 ff. und Oblig.-R. Bd. I. S. 61. noch Erxleben Die condictt. sine causa S. 6. 125., Christiansen Z. Lehre v. d. naturalis obl. und cond. indebiti S. 120., v. Scheurl i. d. Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. I. S. 508., Brinz krit. Blätter No. 3. S. 15. und Pand. I. S. 572., Schultze De naturali pupillorum obligatione (Gryph. 1854.), v. Keller in Bekker's Jahrb. Bd. IV. S. 372., Schwanert Die Naturalobligat. S. 363 ff. Letzterer findet eine Vereinigung der scheinbar sich gegenüberstehenden Stellen des Röm. Rechts in der Annahme (S. 381.), daß nur in Bezug auf den pupillus sine tutore die obl. negirt werde, nicht aber in Bezug auf den pupillus cum tutore (d. h. den cum tutore Zahlung leistenden Mündel), den pupillus pubes factus und dritte Personen (Intercedenten). Die zu beantwortende Frage sey daher nur die, wie es rechtlich möglich sey, daß, während eine obl. für den Contrahenten selbst nicht existire, doch zugleich für dritte Personen, ja selbst wiederum für den Contrahenten unter veränderten aber nicht an sich die obl. neu begründenden Verhältnissen aus demselben Obligationsact eine rechtlich bedeutsame obl. entspringen könne. Diese Frage aber sey dahin zu beantworten, daß das negotium pupilli nicht als schlechthin wirkungslos anzusehen sey, vielmehr durch dasselbe eine rechtsgiltige causa solvendi geschaffen werde, welche ihre Wirkung nach allen durch ihren Inhalt gegebenen Richtungen hin, die von dem Erforderniß der auctoritas nicht berührt werden, äußert (S. 391.). Im Wesentlichen stimmt dies mit v. Keller's Ansicht überein.]

Zu b) Gewöhnlich wird die Remanenz der natürlichen Verbindlichkeit auch nach der res judicata zufolge der l. 28. l. 60. pr. D. 12. 6. angenommen, im juristischen Sinn kann dies aber mit Puchta Pand. §. 239. not. 1. und §. 293. wohl nur so aufgefaßt werden, daß durch die res judicata allerdings nur eine unvollkommene Aufhebung der Verbindlichkeit bewirkt wird, nämlich nur insoweit, als die res judicata wirksam seyn kann; mithin nur in Beziehung auf eine Person,

für welche der Inhalt der Sentenz, von welchem durch die gerichtliche Geltendmachung die Existenz der obligatio abhängig gemacht worden ist, eine juristische Wahrheit hat. Diese unvollkommene Aufhebung und nicht mehr kann in dem Ausdruck der Gesetze: licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet zu verstehen seyn. Im heutigen Proceßrecht ist eine andere Auslegung ohnedies unmöglich. Vergl. über diese Controverse v. d. Pfordten D. de obligationis civilis in naturalem transitu. Lips. 1843., derselbe im civilist. Archiv Bd. XXIV. no. 4., Fein daselbst Bd. XXVI. no. 7., Francke a. a. O., Flach in Linde's Zeitschr. Bd. XIX. S. 397., Keller v. d. Litiscontestation S. 159. [Auch diese Streitfrage ist noch nicht als ausgetragen anzusehen und weckt immer von Neuem das Interesse der Civilisten; vergl. Wächter Erörterungen H. 2. 3., Buchka Lehre v. Einfluß des Processes auf d. mater. Rechtsverhältniß, v. Savigny System Bd. VI. §. 256 ff., Bekker Die processual. Consumtion, S. 284 ff., Kuntze Die Oblig. und Singularsucc. S. 183., Wetzell System des Civilproc. §. 14., Windscheid Die Actio S. 46 ff., Schwanert Die Naturalobligg. S. 424 ff. Letzterer stellt über die Wirkungen einer falsa absolutio Folgendes auf (S. 446 ff.): Die res judicata erkläre, daß ein eigentliches debitum nicht existirt habe, und darum falle auch das Pfandrecht hinweg, und werde die actio gegen den Bürgen beseitigt; allein da die zu Grunde liegende causa solvendi durch die res judicata nicht zerstört werde, so bleibe der fidejussor ebenso wie der debitor naturaliter obligirt; dagegen werde die etwa vorhanden gewesene actio de pecunia constituta sowie auch die Compensabilität aufgehoben; allein die übrig gebliebene causa solvendi sey eine hinreichende Grundlage für eine nach der absolutio vorzunehmende Pfand- oder Bürgschaftsbestellung, sowie für ein neues constitutum und eine novatio, da hier der debitor freiwillig das bestehende (naturale) debitum anerkennt.]

Zu 2) Nicht alle Naturalobligationen sind von gleicher Stärke und Wirksamkeit, Sintenis prakt. gem. Civilr. Bd. II. §. 82. Anm. 19. und die dort angeführten Schriftsteller. Im Allgemeinen bestehen die möglichen Wirkungen einer Naturalobligation oder klaglosen Verbindlichkeit in der Geltendmachung durch Einrede, namentlich Compensation, wo diese nicht nach eigenthümlichen gesetzlichen Bestimmungen, s. l. 14. D. 16. 2. ausgeschlossen ist; — ferner durch soluti retentio oder Ausschließung der condictio indebiti, l. 11. 13. 19. pr. l. 40. pr. l. 41. 51. 64. D. de cond. indeb. (12. 6.) und in der Möglichkeit, der Grund für ein anderes Rechtsverhältniß zu werden,

welches eine obligatio voraussetzt, als: Pfandrecht, constitutum, Bürgschaft, Novation; Koch a. a. O. Bd. I. S. 19. Diese letztere Wirkung ist aber der Naturalobligation nicht immer zuzuschreiben; vergl. z. B. l. 14. D. 44. 7. — l. 32. D. 50. 17. — l. 38. l. 64. D. 12. 6. — l. 32. §. 2. D. 12. 6. — l. 16. pr. l. 17. l. 18. D. 12. 6. l. 19. pr. l. 40. pr. eod. — l. 9. §. 4. i. f. D. 14. 6. — l. 3. §. 7. D. 2. 2., Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. Bd. II. §. 330. Zur Literatur dieser Materie ist auch zu bemerken: Christiansen zur Lehre v. d. naturalis obligatio und condict. indebiti, und die darüber in Sintenis pr. gem. Civilr. Bd. II. §. 82. in der Anmerk. 9. angestellte Prüfung, Francke civilist. Abhandl. S. 68.

---

§. 207.

2. Obligatio dividua und individua.

Die Frage über Theilbarkeit oder Untheilbarkeit einer Verbindlichkeit entsteht, wenn Mehreren oder von Mehreren etwas versprochen ist, es sey nun, daß diese Pluralität schon bei Constituirung der Verbindlichkeit bestanden hat, oder dadurch entstanden ist, daß an die Stelle des Promittenten oder Stipulators Erben in der Mehrzahl eingetreten sind.

Ist nun der Gegenstand der Verbindlichkeit etwas untheilbares, oder ist die Verbindlichkeit nach ihrer besonderen Beschaffenheit von der Art, daß sie ohne Nachtheil eine Theilung nicht zuläßt, so ist es ohne Zweifel der Vernunft und dem Recht gemäß, daß die Natur der Sache nicht durch das Zusammentreffen oder die Mehrzahl von Personen verändert werden kann.

Wir müssen uns daher darüber aufklären:

1) Was für Verbindlichkeiten sind untheilbar?

2) Auf welche Weise muß denselben Genüge geleistet werden?

Zu 1) Wegen Untheilbarkeit des Gegenstandes der Verbindlichkeit sind, was Sachen*) anbetrifft, blos die Prädialservituten, und

*) Ueber Theilung und Theilbarkeit der Sachen und Rechte ist mit Rücksicht auf die früheren Schriften von Warnkönig in Roßhirt's Zeitschr. für Civil- und Crim.-R. Bd. I. S. 66. und v. Buchholtz Versuche S. 47. be-

unter den Personalservituten der usus, habitatio und serv. operarum untheilbarer Natur. Alle anderen res incorporales, oder Rechte, welche in Ansehung des Genusses eine Theilung zulassen, können nicht als untheilbar angesehen werden, und um so weniger die körperlichen Sachen, selbst nicht, was beim ersten Anblick auffallen möchte, lebendige Wesen, denn sie können, wie andere gemeinschaftliche Sachen, nach ideellen Theilen besessen, und wenn auch nicht körperlich oder nicht an sich, doch dem Genuß nach getheilt werden.

Besteht die Verbindlichkeit in einer Handlung, so fällt von selbst in die Augen, daß eine Handlung in der Regel untheilbar ist, indessen kann die Handlung auch bloßes medium seyn, um ein theilbares Recht zu realisiren, dann muß sie, ebenso wie die Obligation, auf welche sie gerichtet ist, als theilbar angesehen werden, l. 4. §. 1. D. 45. 1. — z. B. die obligatio zur Vornahme einer liberatio, Beibringung einer ratihabitio; Ubbelohde Lehre v. d. untheilb. Obl. S. 22. Hat eine von Mehreren zu erfüllende Verbindlichkeit eine Unterlassung zum Gegenstand, so ist es möglich, daß das factum contrarium Eines der Verpflichteten das Recht in seiner Totalität verletzt, mithin es in der Wirkung ganz einerlei ist, ob von Allen oder von Einem die Verletzung begangen wurde, z. B. bei der Stipulation: per te non fieri, quo minus mihi ire, agere liceat, dann ist die Verbindlichkeit offenbar eine untheilbare; Ubbelohde a. a. O. S. 105. 256. — Es ist aber auch möglich, daß das factum contrarium des Einzelnen nichts weiter als eine theilweise Verletzung hervorzubringen vermag, mithin der Berechtigte doch gegen alle übrigen ungestört im Genuß seines Rechts bleibt, z. B. wenn ein einzelner Miterbe des promissor dem von seinem Erblasser eingegangenen pactum de non petendo für seinen erbschaftlichen Antheil an der Forderung zuwiderhandelt; l. 4. §. 1. D. 45. 1. Hier ist also die Verbindlichkeit theilbar. — Endlich kann es Verbindlichkeiten geben, deren eigenthümliche Beschaffenheit es nicht ohne Nachtheil des Berechtigten zuläßt, daß die Liberation Eines oder des Andern der Verpflichteten durch antheilweise Erfüllung bewirkt werde. Dies ist insbesondere bei der alternativen Verbindlichkeit der Fall. Sey es nun, daß von Einem oder von zweierlei Debenten, insbesondere von mehreren Erben, zu erfüllen ist, so würde, wenn die Entrichtung der Hälfte insoweit libe-

sonders zu beachten: Wächter im civilist. Archiv Bd. XXVII. S. 155 ff. und 186., de Scheurl Comm. de verb. obl. inserta de dividuis et individuis obligat. disquis. Erl. 1835. und Ubbelohde Lehre v. d. untheilb. Obligg. (1862.), S. 1—22.

ratorische Wirkung hätte, der Berechtigte sich gefallen lassen müssen, von diesem oder dem andern Debenten*) die Hälfte anzunehmen, was doch seinem Forderungsrecht nicht entspräche, welches immer ein Ganzes, es sey nun von diesem oder jenem, und nicht zweierlei Halbes enthielt.

Ebenso ist es bei der auf ein *genus* gerichteten Obligation; z. B. es ist ein Sclave, ein Gefäß u. dgl. im Allgemeinen versprochen. Diese Verbindlichkeit geht immer auf ein Ganzes, welches sich nicht theilen läßt; l. 2. §. 1. D. 45. 1. — Endlich kann, wenn der Verbindlichkeit zu einer bestimmten Zeit bei Vermeidung einer Conventionalstrafe genügt werden muß, kein Miterbe dadurch, daß er blos für seinen Antheil zahlt, Liberation und Abwendung der Strafe bewirken.

Zu 2) Einer untheilbaren Verbindlichkeit widerfährt der Rechtsschutz folgendermaßen:

a) wenn der Gegenstand untheilbar ist:

Sind Mehrere zur Bestellung einer Servitut verbunden, so kann jeder von ihnen in solidum und allenfalls auch auf die Aestimation im Ganzen belangt werden, unbeschadet seines mittels der act. famil. ercisc. zu erhebenden Vergütungsanspruches an die Mitverpflichteten, wenn diese, nachdem er deren Beiladung beim Richter ausgewirkt hat, ihre Mitwirkung verweigern, und er am Ende im Ganzen condemnirt worden ist. [Ubbelohde a. a. O. S. 240. 279. macht verschiedene Unterscheidungen.]

Umgekehrt, wenn der zur Erlangung einer Servitut Berechtigten Mehrere sind, ist zwar auch deren Berechtigung eine solidarische, so daß jeder von ihnen z. B. auf die Bestellung einer etwa ihrem Erblasser versprochenen Weggerechtigkeit klagen kann, kömmt es aber am Ende zur Aestimation, so tritt hier nothwendig eine Modification dahin ein, daß nur sein Interesse in Aestimation kommt, denn die Verurtheilung kann sich nicht nach dem richten, was der Beklagte schuldig ist, sondern wieviel der Kläger zu fordern hat, l. 1. §. 1. D. 5. 4. und da das Interesse als das Surrogat allerdings theilbar ist, so kann es ihm auch nur für seinen Antheil, nämlich nach Maßgabe

*) Denn bei der alternativen Verbindlichkeit steht bekanntlich dem Schuldner die Wahl zu.

der dem klagenden Miteigenthümer des herrschenden Guts durch Entbehrung des versprochenen Wegs zugehenden Verlustes, zuerkannt werden; l. 25. §. 9. und 10. D. 10. 2. l. 4. §. 3. D. 8. 5.

b) Wenn die Verbindlichkeit auf ein facere gerichtet ist*). — Was soeben von der Verbindlichkeit Mehrerer zur Bestellung einer Servitut gesagt wurde, muß consequent auch von der auf ein facere gerichteten Verbindlichkeit alsdann gelten, wenn natürliche Gründe es unmöglich machen, die Leistung in Theile zu zerlegen. Omnia facta, quae nuda sunt, divisionem refugiunt, quae juris dividui effectum habent, sunt dividua; vgl. de Scheurl Comm. de dividua et individua obl. pag. 51. Ubbelohde a. a. O. S. 252. Zu Ersteren gehört insbesondere die auf ein opus, z. B. Errichtung eines Bauwerks, Ziehung eines Grabens, u. dergl. gerichtete Verbindlichkeit. Zwar glaubten Mehrere, hiervon in l. 72. pr. D. 45. 1. eine Ausnahme dahin zu finden, daß, wenn es am Ende zur Aestimation komme, dann doch eine Theilung eintrete; cf. Donell. Comm. Lib. XV. c. 6. §. 11—13., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 567. no. 2. Allein s. dagegen v. Savigny Obl.-R. Bd. I. S. 358., welcher sich zur Verwerfung dieser Meinung wegen ihres Widerspruchs mit allen anderen Gesetzstellen genöthigt findet, insbesondere solchen, in welchen die vollkommen gleiche Behandlung der auf eine Servitut und der auf ein opus gerichteten Obligation deutlich ausgesprochen ist, l. 11. §. 24. D. de leg. III. (32.) — l. 80. §. 1. D. 35. 2. u. in welchen die mehreren Verpflichteten zu einem opus solidarisch gehalten sind; l. 11. §. 23. D. de leg. III. (32.) — l. 85. §. 2. D. 45. 1. Aber auch in der l. 72. cit. erklärt sich Ulpian selbst ganz damit übereinstimmend, indem er von dem Fall einer Servitut auf den eines opus übergehend sagt: *idem* puto, et si quis faciendum aliquid stipulatus sit. Wenn er nun auch anknüpfend die abweichende Meinung eines sehr alten Juristen Tubero referirt, wie v. Savigny a. a. O. sich ausdrückt, gleichsam als literarische Curio-

*) l. 13. §. 1. D. 42. 1. in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus. — Eine gründliche Erörterung der Frage: „was ist Gegenstand der Klagen aus obligationibus ad faciendum überhaupt und d. act. emti im Besonderen, d. i. worauf sind diese nach heutigem Rechte zu richten, wie ist die Verurtheilung zu fassen und die Hilfe zu vollstrecken?" s. Sintenis in Linde's Zeitschr. Bd. XI. S. 20.

sität, so macht er sich doch dieselbe keineswegs zu eigen. [Anders legt Ubbelohde a. a. O. S. 94. die l. 72. cit. aus, kommt aber zu demselben sachlichen Resultat einer solidarischen Haftung für die Litisästimation in diesem Falle. Im Uebrigen will er verschiedene Fälle unterschieden wissen: S. 243 ff. 280.]

c) Ist die Unterlassungsverbindlichkeit von der Art, daß das factum contrarium Eines der Verpflichteten, insbesondere der Erben des Promittenten, denselben Effect hat, wie wenn Alle entgegen gehandelt hätten (also eine untheilbare), so sind auch Alle ohne Unterschied haftbar, jedoch nur pro rata der sofort eintretenden Aestimation, und denjenigen Mitverpflichteten, welche nicht zuwider gehandelt haben, bleibt nur der Regreß act. fam. erc. gegen den Contravenienten auf Ersatz des Antheils, welchen sie bezahlen mußten; s. l. 4. §. 1. D. 45. 1. und v. Vangerow's Erklärung dieser Stelle in s. Pand. Bd. III. §. 567. not. 2. l. 3. — Es kann aber auch der Fall seyn, daß das factum contrarium eines Mitverpflichteten den Berechtigten nicht am Genuß seines Rechts gegen die übrigen Verpflichteten hindert, dann ist jener allein zur Leistung des Interesse und der etwaigen Conventionalstrafe verbindlich.

d) Bei einer alternativen Verbindlichkeit, welche auch unter die theilbaren gerechnet wird, s. v. Savigny a. a. O. Bd. I. §. 32., kann eine theilweise Leistung nichts weiter bewirken, als daß die obligatio noch im Schweben bleibt. Gibt der Schuldner nachher den übrigen Theil derselben Sache, so gelangt nun erst die frühere Leistung zur Wirksamkeit; gibt er aber nachher die andere Sache, was ihm obligatione pendente offen bleibt, so muß er diese ganz geben, kann aber das früher Geleistete zurückfordern, l. 26. §. 13. D. 12. 6.

e) Wenn ein genus zu prästiren ist, so kann eine theilweise Leistung nur als Anfang der vollständigen Abtragung, aber nicht als theilweise Abtragung der Verbindlichkeit angesehen werden; s. Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 214.

f) Ist eine Zahlung auf einen gewissen Tag bei Vermeidung einer Conventionalstrafe stipulirt, so wird dadurch, daß Einer der Erben des Verpflichteten seinen Antheil zahlt, die Verbindlichkeit auch für ihn nicht aufgehoben. Die Conventionalstrafe trifft denjenigen, welcher seinen Theil bezahlt hat, nicht minder, als diejenigen, welche nicht gezahlt haben; l. 5. §. 4. D. 45. 1. Die Conventionalstrafe kann von keinem der mehreren Erben,

obgleich sie nur pro rata hereditaria haften, anders abgewendet werden, als durch Zahlung des Ganzen. — Um consequent zu seyn, möchte man nun wohl auch umgekehrt sagen, wenn der Gläubiger mehrere sind, und nur einigen geleistet ist, so müsse die eigentlich nun für jeden begründete Forderung der Conventionalstrafe auch von denen, welche ihren Antheil erhalten haben, geltend gemacht werden können, allein da würde doch exc. doli nach l. 2. §. 6. l. 3. §. 1. D. 45. 1. entgegenstehen.

g) Untheilbar ist auch in Evictionsfällen die den mehreren Verkäufern einer Sache oder mehreren Erben eines Verkäufers obliegende Vertretung; l. 62. §. 1. D. 21. 2. — l. 85. §. 5. l. 139. D. 45. 1.; es kann nämlich von keinem Einfluß seyn, wenn nur Einzelne die Vertretung leisten würden. Freilich, wenn der Einzelne siegt, so siegt er für Alle, unterliegt er aber, so sind auch Alle die Unterliegenden, quia in solidum defendenda est venditio, cujus indivisa natura est: sed cum uno defugiente omnes defugisse videantur, ideoque omnes teneantur, unicuique pro parte hereditaria praestatio incumbit; s. Glück Thl. XX. S. 410. Der Evictionsfall hat wegen der sonst gewöhnlich damit verbunden gewesenen duplae stipulatio Aehnlichkeit mit dem sub lit. f. bemerkten Falle, was zu einer Verschiedenheit der Meinungen über richtige Erklärung und Vereinigung der soeben citirten Gesetzstellen Anlaß gab,*) über welche sich neuerlich Sintenis pr. gem. Civilr. Bd. II. §. 84. Anm. 39. umfänglich verbreitet; die Differenz hat aber, wie dieser Schriftsteller selbst erkennt, für die Praxis geringen Werth, nachdem die poena dupli veraltet ist, und überhaupt h. z. T. der Fall nicht leicht vorkommen wird, daß eine die wahre Evictionssumme übersteigende Conventionalstrafe stipulirt würde.

---

*) Die einfachste Erklärung s. de Scheurl Comm. de verbor. obligationibus etc. Erl. 1835, mit welcher v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 567. a. E. übereinstimmt. Zu vergleichen ist: Rubo Vers. einer Erklärung der Fragm. l. 2. 3. 4. 85. D. de V. O. über die Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Obligation, Berlin 1822. Ribbentrop zur Lehre v. d. Correalobl. S. 178 ff., Warnkönig in Roßhirt's Zeitschr. Bd. III. S. 81., Unterholzner Schuldverh. Thl. I. S. 215. §. 104., Ubbelohde a. a. O. S. 178 ff. Die vollständige Literatur über obl. dividua und individua s. v. Vangerow Pand. Bd. III. S. 7.

§. 208.

3. Obligatio certa und incerta*).

Es ist hier nicht davon die Rede, ob die Verbindlichkeit selbst ungewiß sey**), sondern von den Fällen, wo sie auf einen unbestimmten Gegenstand oder vielmehr auf ein unbestimmbares Unbestimmtes gerichtet ist. — In den römischen Gesetzen werden die Leistungen, welche in einem facere oder non facere bestehen, hieher gerechnet, wenn nicht auf den Fall des Zuwiderhandelns eine Buße bestimmt ward, l. 75. §. 7. D. 45. 1., was mit der schon bemerkten Eigenthümlichkeit des R. R. rücksichtlich der Obligationen, welche in einem Factum bestehen, zusammenhängt. Ueberhaupt weicht der römische Begriff vom certum und incertum, indem er sich nur auf die intentio in der Klagformel bezieht, von dem unsrigen ab. Ueber die Frage: inwiefern aus dem Versprechen, daß ein Anderer etwas thun oder leisten werde, eine Verbindlichkeit für den Promittenten erwächst, s. unten im Kap. V. §. 238. lit. c. von den Gegenständen der Verträge. Außerdem kommen hier folgende Fragen in Betracht:

1) Wenn das Object der Leistung nicht nach Individualität, Qualität oder Quantität genau bestimmt ist, wird dann die Verbindlichkeit immer hinfällig, oder kann der Richter das Mangelnde ergänzen, oder kann ein arbitrium eintreten?
2) Wozu kann der Schuldner angehalten werden, wenn bei fungiblen Sachen die Qualität nicht genau bestimmt ist, oder
3) wenn ein genus, d. i. eine nur nach ihrem Gattungsbegriff bestimmte Sache, versprochen ist?

Zu 1) Wenn v. Hartitzsch Entscheid. prakt. Rechtsfragen no. 435. sagt: „es ist eine irrige Behauptung, daß in solchen Fällen, wo Jemand versprochen, einem Andern etwas zu geben, das Etwas

*) Puchta Pand. §. 221., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 216.

**) Nur von der alternativen Verbindlichkeit kann, insofern gewöhnlich dem Schuldner die Wahl zusteht, gesagt werden, daß sie eine ungewisse sey, daher derjenige, welcher auf sie ein bestimmtes Versprechen an einen Andern baut, sich einer Illusion hingibt, wie l. 75. §. 4. D. de legat I. '(30.) an einem Beispiel zeigt. Ein Testator, welchem Jemand 10. S. oder den Stichus schuldete, vermachte dem A. den Stichus. Nun konnte zwar A. den Erben anhalten, gegen den Schuldner zu klagen, allein diese Klage konnte nur auf das Ungewisse gehen; wählte nun der Schuldner die 10 S., so bekam der Legatar A. nichts.

aber in Bezug auf dessen Individualität oder Quantität völlig unbestimmt gelassen hat, das richterliche Ermessen eintrete," so ist dieses nur mit Einschränkung zu verstehen. Freilich, wenn es an der *nöthigen* Bestimmtheit fehlt, so ist keine Verbindlichkeit erzeugt*), und der Richter kann diese ja nicht erschaffen. Um sich aber den Begriff *nöthiger* Bestimmtheit richtig zu bilden, muß man vorerst tiefer in das Wesen der Erscheinungen im Leben eingehen. Es gibt

I. Unbestimmtheiten des Ausdrucks, welche gar wohl in ein Bestimmtes aufgelöst werden können, wenn es nämlich nicht an einem Maaßstab fehlt, um das Unbestimmtgebliebene darnach zu messen. Zuweilen geben die Contrahenten selbst den Maaßstab an die Hand, z. B. den künftigen Marktpreis, oder durch eine andere Bezeichnung, welche zur Aushilfe dient, wenn die Quantität der verkauften Sachen nicht angegeben ist, z. B. oleum, quod in horreo est. In anderen Fällen kann die Unbestimmtheit durch einen gemeingiltigen rechtlichen Maaßstab gehoben werden. So wird, wenn der Schwiegervater ein Heirathsgut ohne Bestimmung der Größe verspricht, eine rechtsbeständige Verbindlichkeit in l. 69. §. 4. D. 23. 3. allerdings angenommen, denn der Maaßstab ist hier schon durch die Gesetze gegeben, nämlich nach Verhältniß der Vermögensumstände des Schwiegervaters und der Würde des Ehemanns**). Hier kann und darf also der Richter um

*) Z. B. wer sich die Erbauung eines Hauses stipulirt hat, erwirbt nur dann eine Verbindlichkeit, wenn erhellt, wo nach seinem Willen ein Gebäude errichtet werden sollte, und wenn es zugleich sein Interesse erheischt, daß daselbst ein Gebäude errichtet werde; l. 95. l. 115. pr. D. 45. 1. — Ferner: Salarium incertae pollicitationis peti non potest; l. 17. C. 4. 35. Aus dem hier unterliegenden Grunde, daß nämlich durch Werthloses die Verbindlichkeit ganz eludirt werden könnte, wird auch in mehreren Gesetzstellen gesagt: das allgemeine Versprechen eines Grundstücks oder eines Sclaven erzeuge keine klagbare Verbindlichkeit, weil es auch ganz werthlose Sclaven und Grundstücke gibt; l. 69. §. 4. D. 23. 3. — l. 115. cit. Dies kann aber doch, wie *Glück* Thl. IV. S. 187. durch richtige Erklärung der l. 75. D. 45. 1. zeigt, nur mit Unterschied angenommen werden. Nur dann ist nämlich eine totale Unbestimmtheit vorhanden, wenn der Promittent gar kein Grundstück oder keinen Sclaven besitzt. Solchenfalls wird auch ein Legat dieser Art für derisorisch angesehen, l. 71. D. de legat. I. (30.) Im entgegengesetzten Fall aber ist zwar auch etwas Unbestimmtes versprochen, aber es bleibt doch noch erkennbar, was versprochen ist, und die Unbestimmtheit geht nur so weit, daß dem Promittenten noch die Wahl unter mehreren in seinem Besitz befindlichen Gegenständen dieser Art offen bleibt.

**) Anders wäre es, wenn ein Dritter ein Heirathsgut ohne Bestimmung der Größe versprochen hätte, für welchen es keine Dotationspflicht und also auch keinen rechtlichen Maaßstab derselben gibt; l. 1. C. 5. 11.

so unbedenklicher das Quantum arbitriren, als in den Gesetzen dem judex selbst die Function des bonus vir häufig beigelegt wird, l. 4. §. 1. D. 10. 1. — l. 137. §. 2. D. 45. 1. — l. 17. §. 5. D. 47. 10.; sowie er in Fällen, wo das arbitrium eine besondere Wissenschaft oder Kunst voraussetzt, die Sachkundigen zum Gutachten beiziehen wird.

II. Zuweilen stellen die Contrahenten das Unbestimmte in das arbitrium boni viri*), entweder ohne oder mit Benennung einer bestimmten Person**). Da fragt es sich, besonders im zweiten Fall, ob sie alsdann dem Spruch des arbitrator ganz unbedingt unterworfen sind? Nach l. 77. l. 79. D. pro socio (17. 2.) darf man aber wohl unbedenklich behaupten, daß gegen einen offenbar unbilligen Ausspruch des arbitrator noch die Zuflucht zum Richter dahin offen stehe, daß er durch ein unparteiisches arbitrium die Billigkeit herstelle; Glück Thl. VI. S. 66. Thl. XVI. S. 79. Thl. XXV. S. 169. Dagegen ist ein anderer Unterschied beider Fälle wohl zu beachten. Wenn nämlich im ersten Fall ein wesentliches Stück eines Vertrags in arbitrium alienum im Allgemeinen gestellt wird, so ist dies nur unter der Voraussetzung möglich, daß der Gegenstand einer eigentlichen arbitrage fähig ist, was z. B., wenn bei einem Kauf- oder Miethvertrag der Preis nicht bestimmt worden ist, nicht der Fall wäre; dagegen kann man vernünftiger Weise dem Ausspruch einer bestimmten Person des Vertrauens ohne solche Einschränkung in dem ganzen Gebiete der aequitas sich gar wohl unterwerfen wollen, und hat man dies gethan, so ist auch in solchen Fällen deren Ausspruch verbindend; l. 25. D. 19. 2. — l. ult. C. 4. 38. — §. 1. J. 3. 24.

Die Unterstellung unter das arbitrium boni viri in Gegenständen eigentlicher arbitrage wird auch öfters stillschweigend verstanden, z. B. wenn ich in ein Wirthshaus einkehre, ohne zu accordiren, oder bei einem Künstler oder Handwerker eine Arbeit bestelle im guten Glauben, daß er mich mit dem Preis nicht übernehmen werde. Dies geschieht immer unbeschadet des Rechts, auf Ermäßigung des Preises anzu-

*) Ein Unterschied, welchem man im R. R. zwischen arbitrium schlechthin und arbitrium boni viri begegnet, Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 123., hat h. z. T. keine praktische Bedeutung, vielmehr kann das arbitrium überall und ausschließlich nur als arbitr. boni viri auf Geltung Anspruch machen; l. 22. §. 1. D. 50. 17. cf. l. 24. pr. D. 19. 2. — l. 76. D. 17. 2., Sintenis pr. gem. Civilr. Bd. III. §. 83. not. 56 u. 63.

**) Freilich wenn dann die bestimmte Person das arbitrium nicht geben kann oder will, so ist es ebenso, als wenn eine Verbindlichkeit gar nicht contrahirt wäre; §. 1. J. 3. 23. — l. 25. pr. D. 19. 2. — l. ult. C. 4. 38. — l. 44. D. 45. 1.

tragen, im Fall, daß der Andere die Grenzen billigen Ermessens überschreitet; Thon in Linde's Zeitschr. Bd. X. S. 209., Struben rechtl. Bed. Thl. II. no. 65.

III. Es kann aber auch der Fall vorkommen, daß die fehlende quantitative Bestimmung dem Verpflichteten selbst überlassen wurde. Mehrere Rechtsgelehrte (s. die Citate bei Glück Thl. XVI. S. 83. not. 48.) behaupten zwar, daß dieses wohl angehe, wenn die fehlende Bestimmung nur nicht in des Andern Willkür, sondern in sein billiges Ermessen gestellt werde, ja daß dies nach l. 22. §. 1. D. 50. 17. in allen bonae fidei Contracten gelte, was, nachdem bei uns der Unterschied zwischen stricti juris und b. f. Contracten nicht mehr Platz greift, so viel hieße, als daß dies in allen Contractsverhältnissen wohl angehe. Allein so geradezu kann man diese Behauptung unmöglich zugeben, denn man würde dadurch nicht nur mit anderen Gesetzstellen, z. B. l. 13. C. 4. 38. — l. 35. §. 1. D. 18. 1. in offenbaren Widerspruch gerathen, sondern auch der l. 22. cit. etwas zuschreiben, was in ihr nicht enthalten ist. Sie setzt nämlich 1) lediglich solche Gegenstände voraus, welche einer eigentlichen arbitrage fähig sind, und läßt dann 2) das arbitrium des anderen Theils nur insoweit gelten, als dasselbe mit dem bei ihm nur vermutheten arbitrium boni viri übereintrifft. So wird in l. 7. pr. D. 18. 1. der Fall gesetzt: ein Sclave sey unter der Bedingung verkauft worden, si rationes domini computasset arbitrio; nun wird weiter gefragt: geht hier die Bedingung dahin: „si ipse dominus putasset suo arbitrio" an vero „si arbitrio boni viri?" Die vernünftige Interpretation, welche sich im Zweifel immer zur Möglichkeit rechtlicher Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte hinneigen muß, entscheidet für das letztere, nam si arbitrium domini accipiamus — heißt es weiter — venditio nulla est. Ebenso wird in l. 24. pr. D. 19. 2. der Fall entschieden, da bei Verdingung eines Bauwerks ausgemacht war: ut arbitratu domini opus adprobetur. Hier ist gleichwohl Willkür ausgeschlossen, vielmehr der arbitratus domini so gut wie eines jeden Andern in Regeln der Kunst eingeschlossen, und allenfalls einem superarbitrium nach diesen Regeln unterworfen. Es heißt daher l. c. perinde habetur, ac si boni viri arbitrium comprehensum fuisset. Idemque servatur, si alterius cujuslibet arbitrium comprehensum sit. Nam bona fides exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale bono viro convenit. Dasselbe sagt auch l. 3. C. 5. 11. Vermöge rationeller Auslegung fallen daher solchartige Fälle auch unter die vorige Rubr. II.; vergl. unten besond. Theil Kap. IX. z. A. Fr. 8. — Immer darf man aber das absolute Erforderniß nicht außer Augen

setzen, daß der Gegenstand einer eigentlichen arbitrage fähig seyn müsse.*) Dies scheint in einem von Thon in Linde's Zeitschr. Bd. X. S. 209. erzählten Fall, wo der Vermiether eines Hauses die Bestimmung des Miethpreises dem Ermessen des Miethers überlassen hatte, die Regierung auch sofort den Miethvertrag deswegen für giltig erkannt hatte, weil in jeder Stadt für die Häusermiethen gewisse Preisverhältnisse beständen, wonach sich auch häufig die Steuereinschätzung richte, übersehen worden zu seyn; denn l. 25. D. 19. 2. sagt gewiß mit gutem Grund, ein Pacht- oder Miethvertrag gelte nicht, si merces promissa sit generaliter alieno arbitrio, wenn aber ein solcher, einer positiven Bestimmung bedürfender Punkt nicht generaliter alieno arbitrio anheimgestellt werden kann, so findet auch das eigene arbitrium des andern Theils nicht Platz. — Eigenthümlicher Art und nicht zu weiteren Folgerungen berechtigend sind übrigens die in den Gesetzen enthaltenen Bestimmungen zur Aufrechthaltung solcher Vermächtnisse, welche in das arbitrium des Erben (als Repräsentanten des Gebers) oder der Vormünder eines mit einem Legat bedachten Pupillen gestellt sind; l. 1. §. 1. D. de legat. II. — l. 11. §. 7. D. de leg. III. — l. 75. D. de leg. I. Sintenis gem. prakt. Civilr. Bd. II. §. 83. not. 65. Ist nicht der Fall einer gänzlich mangelnden, sondern nur einer undeutlichen Bestimmung vorhanden, so kann der Richter nach den Vorschriften der l. 34. D. 50. 17. dem Ortsgebrauch folgen, oder bei alsdann noch bleibendem Zweifel das mindeste wählen; Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 378.

Zu 2) Er kann die geringste Sorte wählen; l. 52. D. 17. 1. — l. 4. D. 33. 6. — l. 99. pr. D. 45. 1. [Die cit. l. 4. D. 33. 6. gehört nicht hieher, sondern eher zu Fr. 3. — Uebrigens gilt dieser civilrechtliche Satz, daß der Schuldner, wofern der Gläubiger sich nicht einen besonderen Grad von Güte ausbedungen hat, auch durch Leistung

---

*) Wenn der Gegenstand der Leistung in einem zweiseitigen Vertrage in Beziehung auf den Umfang, die Zeit und Dauer der Leistung in die bloße Willkür des einen Contrahenten gestellt ist, kann der Vertrag nicht gelten. Z. B. W. verpflichtet sich, sämmtliche Bestellungen des Architekten B. in rohen Oberkirchner Sandsteinen zu übernehmen, den Kubikfuß zu 8 gGr. 9 Pf. reine gute Steine. Bald darauf klagt B. gegen W., daß dieser die im vorigen Monat von ihm bestellte Anzahl Steine nicht geliefert habe; allein er mußte abgewiesen werden, denn eine unbeschränkte Bestellungsbefugniß hätte in das Uebertriebene gehen können. Der Vertrag wurde daher für ungiltig erklärt, weil dessen Gegenstand in quantitativer Hinsicht nicht bestimmt, sondern der Willkür des Andern überlassen war; Strippelmann Samml. bem. Entscheid. d. O.-A.-Ger. zu Cassel Bd. III. Abth. I. no. 36.

der niedrigsten Qualität liberirt werde, nicht im Handelsrecht, wo im Zweifelsfall der Verpflichtete Handelsgut mittlerer Art und Güte zu gewähren hat. A. Deut. H.-G.-B. Art. 335.]

Zu 3) Er muß dann wenigstens eine Mittelsorte liefern; l. 37. pr. l. 110. D. legat. I. (30.) Schweppe a. a. O. [So, wie der Verfasser die Fragen 2. und 3. formulirt hat, scheinen die Beantwortungen einander zu widersprechen. Die zu Fr. 3. citirten Stellen handeln vielmehr nur von einem Vermächtniß (legatum generaliter relictum, veluti „hominis"), für welches die Römer eine dem Berechtigten günstigere Theorie aufstellten, ohne Zweifel in sachgemäßer Präsumtion eines dem entsprechenden Willens des Testators, dessen günstige Gesinnung nicht durch die Wahl-Willkür des Erben auf ein Minimum reducirt werden sollte. Von einem Vermächtniß handelt auch die l. 4. D. 33. 6.; allein in dem Falle derselben ist nicht von größerer oder geringerer Güte, sondern von verschiedenen (möglicherweise gleich guten) Sorten (Oel) die Rede, in Betreff deren der Erbe die Wahl haben soll.]

---

§. 209.

4. Obligatio possibilis und impossibilis.*)

Indem eine rechtliche Verbindlichkeit nothwendig voraussetzt, daß die einen wirklichen Vermögenswerth**) für den Berechtigten nach l. 9. §. 2. D. 40. 7. in sich fassende und, was Sachen betrifft, eine in commercio befindliche Sache zum Gegenstand habende Leistung physisch möglich und rechtlich erlaubt sey [l. 185. D. de R. 7., — l. 31. cod. — l. 26. D. 45. 1. Mommsen Beiträge z. Obl.-R. (1853), I. S. 102 ff.] kann die Frage entstehen:

1) ob auch eine blos individuelle***) Unmöglichkeit auf Seite

---

*) Vergl. Bd. I. §. 39. Fr. 6. von unmöglichen Bedingungen.

**) Nur wo die Forderung für den Gläubiger zugleich eine sittliche Pflicht ist, wird auch ein Affectionsinteresse zur Begründung derselben zugelassen, l. 54. pr. D. 17. 1., aber das Affectionsinteresse kann nicht selbst Gegenstand der Forderung seyn; Puchta Pand. §. 220. u. 225., Arndts Pand. §. 202. Anm. 3., Heyer Abhandl. (Gießen 1841) No. 1. u. in Linde's Zeitschr. N. F. III. S. 1 ff., Sintenis gem. Civilr. Bd. II. §. 102.

***) Die blos individuell unmögliche Bedingung ist nicht mit der relativ unmöglichen, durch welche ein im Allgemeinen zwar mögliches, aber im concreten Fall unmögliches Ereigniß zur Bedingung gemacht ist, zu verwechseln; s. Bd. I. §. 39. Fr. 11. Die relative Unmöglichkeit steht im Gegensatz mit der absoluten, die subjective oder individuelle Unmöglichkeit, deren Grund in

des Verpflichteten die Wirksamkeit der Verbindlichkeit ausschließe?

2) ob der Promittent immer ohne alle Verbindlichkeit ist, wenn die Verbindlichkeit auf etwas Unmögliches gerichtet ist?

3) welcher Zeitpunkt ist für die Frage über Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer versprochenen Leistung entscheidend?

4) wenn Jemandem eine Sache, welche schon sein Eigenthum ist, versprochen wird, so ist die Verpflichtung zwar ungiltig, aber wird sie nicht wenigstens dann giltig, wenn die Sache in der Folge aufgehört hat, im Eigenthum desjenigen zu seyn, welchem die Leistung geschehen soll?

Zu 1) l. 34. l. 137. §. 4. 5. D. 45. 1. entscheidet verneinend. Si ab eo stipulatus sum, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, jure factam obligationem Sabinus scribit; cf. l. 28. D. 18. 1. Vergl. die Lehre von Verträgen, Servituten, Legaten ꝛc. Arndts Pand. §. 202.

Zu 2) Wenn die Leistung von Anfang an unmöglich ist, so ist die Verbindlichkeit nichtig; Mommsen a. a. O., S. 113. Wenn aber später die Unmöglichkeit durch Zufall entstanden ist, z. B. wenn der Sclave, welcher geliefert werden sollte, gestorben ist, l. 83. §. 5. u. 7. D. 45. 1., ohne daß der Promittent in mora war, l. 82. §. 1. D. 45. 1., und ebenso, wenn die Gesetze eine gewisse Verbindlichkeit einzugehen verbieten, wird der Promittent, wenn eine individuell bestimmte Sache versprochen war (denn bei generischen gilt der Satz: genus interire non censetur), alsdann nicht befreit, l. 35. §. 1. D. 45. 1., wenn er selbst Schuld daran trägt, daß das Versprochene nicht geleistet werden kann, l. cit. pr. Vergl. auch Mommsen a. a. O. S. 228 ff. Wenn eine Sache nicht sofort als eine dem Verkehr entzogene erkennbar ist, dieses Verhältniß aber dem Promittenten bekannt seyn mußte, so ist dieser ad id quod interest dem Promissar verpflichtet, l. 4. l. 62. §. 1. D. 18. 1. — Wenn eine Sache nur beziehungsweise dem Verkehr entzogen ist, so findet ein Unterschied statt, wenn der Verkehr dem Promissar, oder wenn er dem Promittenten untersagt ist. Im ersten Fall ist die Verbindlichkeit ungiltig,

---

den rein persönlichen Verhältnissen des Schuldners oder in dessen Verhältnissen zum Gegenstand der Obligation liegt, steht im Gegensatz zur objectiven Unmöglichkeit; l. 137. §. 4. 5. D. 45. 1. Mommsen Beiträge z. Oblig.-R. I. S. 5.

im zweiten nimmt man an, daß der Promittent nur sich selbst, aber nicht dem Andern schaden konnte; l. 34. D. 45. 1. Von dem Fall, wenn die Unmöglichkeit in der Zeitbestimmung liegt, s. Kap. V. §. 238. lit. c. von den Gegenständen der Verbindlichkeit ebendas. Fr. 6. Anm. [Mommsen a. a. O. stellt folgende Unterscheidung auf: Theilweise Unmöglichkeit der Leistung im Allgemeinen (S. 153—193), in Beziehung auf die Qualität der zu leistenden Sache (S. 193—212) und auf die Zeit der Leistung (S. 212—227).]

Zu 3) Was pure versprochen wird, muß, wenn die Verbindlichkeit giltig sein soll, zur Zeit der Eingehung sofort möglich seyn, l. 31. l. 144. §. 1. l. 185. D. 50. 17. — §. 11. J. 3. 19., und hieran ändert auch ein späteres Aufhören der Unmöglichkeit nichts, l. 72. §. 4. D. 46. 3. — l. 137. §. 6. D. 45. 1. Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 204., Sell Versuche Thl. I. S. 48. [Von Obligationen aus letztwilligen Verfügungen bemerkt Mommsen a. a. O. S. 111.: „Da der Wille des Testators, wenn er gleich factisch schon zur Zeit der Testamentserrichtung ausgesprochen ist, doch rechtlich nur insofern in Betracht kommt, als er noch zur Zeit des Todes des Testators unverändert fortbesteht, so werden wir im Allgemeinen auch diejenige Unmöglichkeit, deren Entstehungsgrund in die Zeit zwischen der Testamentserrichtung und dem Tode des Testators fällt, als eine sogleich vorhandene Unmöglichkeit ansehen müssen. Diese Regel erleidet jedoch für den Fall eine Ausnahme, wenn die Unmöglichkeit darin ihren Grund hat, daß dem Vermächtnißnehmer das ihm vermachte Recht bereits zusteht, indem in diesem Fall allein auf die Zeit der Testamentserrichtung gesehen wird." Dazu S. 140.] Bei bedingten Verbindlichkeiten aber reicht es hin, wenn nur zur Zeit der eintretenden Bedingung die Möglichkeit vorhanden ist, arg. l. 4. D. 34. 7. — l. 61. D. 18. 1. — l. 31. l. 98. pr. D. 45. 1. — l. 41. §. 2. D. de legat. I. (30.) — l. 98. D. 35. 1. Unterholzner a. a. O. S. 205., Mommsen a. a. O. S. 151., daher auch die Verpflichtung auf den Fall des Möglichwerdens zulässig ist, wofern das Möglichwerden nicht auf einer unerlaubten Voraussetzung beruht, l. 34. §. 2. D. 18. 1. — l. 83. §. 5. D. 45. 1. Dies ist daher blos von der factischen, nicht von der rechtlichen Unmöglichkeit zu verstehen, denn was zur Zeit der Eingehung der Verbindlichkeit rechtlich nicht möglich war, bleibt ungiltig, wenn auch durch spätere Gesetze das früher Unerlaubte erlaubt geworden wäre, l. 83. §. 5. l. 87. l. 98. pr. l. 137. §. 6. D. 45. 1. — §. 2. J. 3. 19. — l. 35. §. 1. D. 45. 1.; vergl. Bd. I. S. 365. zu Fr. 9. Dieser

Grundsatz, daß bei Bedingungen nur diejenige Veränderlichkeit zu beachten ist, die aus den factischen Zuständen hervorgeht, nicht die, welche eine Veränderung gesetzlicher Vorschriften voraussetzt, gilt aber auch, wie gegen Sell a. a. O. S. 48. rc. von v. Savigny System Bd. III. S. 168 rc. und v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 434. not. 1 b. überzeugend ausgeführt ist, nicht blos von Geschäften unter Lebenden, sondern ebenso von Erbeinsetzungen und Vermächtnissen, und ohne Unterschied ist der Satz in l. 137. §. 6. D. 45. 1. geltend und wahr: nec ad rem pertinet, quod jus mutari potest, et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri; non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio.

Zu 4) Nach l. 72. §. 4. D. 46. 3. muß diese Frage verneinend beantwortet werden, s. Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 207., obwohl die Verbindlichkeit alsdann giltig ist, wenn ich mir eine Sache, welche dermalen mein ist, auf den Fall, daß sie einmal nicht mehr mein seyn werde, mithin bedingt stipulire, l. 98. D. 45. 1., wie wenn ich mir die Rückgabe meiner Sache stipulire, l. 82. D. 45. 1.

---

§. 210.

5. Obligatio alternativa*) s. disjunctiva.

1) Bekanntlich steht bei alternativen Verbindlichkeiten das Wahlrecht**) in der Regel dem Promittenten oder dem Schuld-

---

*) [Genauer würde man sagen: Obligation mit alternativem Inhalt; denn die Oblig. selbst wird nicht alternativ, wenn sie einen alternativen Leistungsinhalt hat. Besser würde jener Ausdruck für die besondere Kategorie von Obligg. geeignet seyn, in welche Spiel, Wette und Differenzgeschäft gehören. Vergl. §. 211 a. E.]

**) In diesem liegt denn von selbst die Befugniß, das schlechter gewordene Stück zu geben, wenn der Verpflichtete nicht selbst an der Deterioration Schuld trägt, Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 379., Roßhirt gem. deutsch. Civilr. Th. II. S. 256., cf. l. 10. §. 6. l. 11. D. 23. 3., oder auch durch Ersetzung des Werthes eines ohne seine Schuld untergegangenen Wahlstücks seine Verbindlichkeit zu erfüllen; l. 95. §. 1. D. 46. 3. — l. 47. §. 3. D. de leg. I. — Schweppe a. a. O. Obiger Grundsatz gilt übrigens nur bei der aus einem Vertrag oder in Folge einer allgemeinen Rechtsregel entstandenen obl. alternativa. Bei Testamenten ist es anders, indem bei einem alternativen Legat stets der Legatar die Auswahl hat, und nicht der Erbe, wenn nicht der Erblasser diesem ausdrücklich die Wahl überlassen hat; l. 1. C. 6. 43. — §. 22. J. 2. 20. v. Savigny Obl.-R. Bd. I. S. 394.

ner zu, von welchem es mit der obligatio nothwendig auch auf seine Erben übergeht. Indessen kann der Stipulator sich das Wahlrecht durch ausdrückliche Stipulation erwerben; ist es aber dann nicht rechtlich an seine Person gebunden, oder kann er es auch auf seine Erben transmittiren?

2) Kann ein solcher Inhaber einer alternativen Forderung mit der Cession der Forderung auch das Wahlrecht auf den Cessionar übertragen?

3) Kann der Wahlberechtigte nach einmal getroffener Wahl noch variiren? — insbesondere bei jährlichen Leistungen?

4) Wenn der alternativ verbundene Schuldner aus Irrthum zu viel gegeben hat, und daher eines der gegebenen Stücke condiciren will, hat dann auch er die Wahl, welches von den mehreren er zurückfordern, oder der Beklagte, welches er zurückgeben will?

5) Kann der Condiction auch dann noch Statt gegeben werden, wenn inzwischen das Eine von den gegebenen Stücken durch Zufall zu Grunde gegangen ist?

6) Wie äußern sich die Folgen des Verzugs:
   a) wenn der wahlberechtigte Gläubiger oder Schuldner säumig war; oder
   b) wenn die Wahl auf die Bestimmung eines Dritten ausgestellt war, und dieser, ohne gewählt zu haben, stirbt?

7) Welche Folgen hat es für den Berechtigten und Verpflichteten, wenn einen Gegenstand der alternativen Verbindlichkeit oder gar beide Gegenstände der Untergang, entweder durch Zufall oder durch Schuld Eines oder des Andern getroffen hat? und zwar
   A) in dem Fall, wo dem Schuldner oder
   B) wo dem Gläubiger die Wahl zustand?

Zu 1) Donell. Comment. de jure civili Vol. IX. Lib. XV. c. 2. §. 6. zieht aus l. 76. pr. u. l. 141. pr. D. 45. 1. den Schluß, daß das Wahlrecht des Gläubigers als ein rein persönliches Recht nicht auf dessen Erben transmittirt werden könne, weil es l. 76. cit. heißt: si stipulatus fuerim illud aut illud, quod ego voluero, haec electio est personalis, et ideo servo vel filio talis electio cohaeret. Allein daraus, daß der Haussohn und Sclave, wenn er gleich nicht sich, sondern dem

Vater oder dem Herrn erwirbt, doch zunächst die Wahl treffen könne, folgt nicht, daß die alternative Forderung nicht nach ihrer ganzen Beschaffenheit auf die Erben übergehen könne, vielmehr heißt es weiter a. a. O. ausdrücklich: in heredes tamen transit obligatio et ante electionem mortuo stipulatore. Donell gesteht selbst, daß seine unnatürliche Trennung der obligatio und des Wahlrechts die Meinung der meisten Rechtsgelehrten gegen sich habe. Ganz bestimmt entscheidet gegen ihn die l. 75. §. 3. D. de legat. I. Cujac. Lib. 18. ad Ed. ad l. 76. cit. (Ed. Nap. T. V. p. 239.), Hert opusc. Vol. I. tom. 3. pag. 239., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XXXIII. §. 3., Mühlenbruch Lehre v. d. Cession S. 266., Schweppe röm Privatr. Bd. III. §. 379., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 569. no. 3., Thibaut System Bd. I. §. 80. (Ed. 8.), wo auch die wenigen Dissentienten angeführt sind; v. Keller Pand. §. 245. S. 480.

Zu 2) Der Cessibilität des Wahlrechts schienen vermöge der vorhin angeführten Gesetzstellen*) noch erheblichere Zweifel entgegen zu stehen, weshalb dieselbe von Mehreren verneint wird; s. Thibaut a. a. O., Braun Erörter. §. 84., Lueders D. de juribus ex cessione §. 11. Allein deren Bedenken sind von Andern gründlich beseitigt, s. vorzüglich Mühlenbruch a. a. O. S. 242., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 569. S. 21. „In den angeführten Gesetzstellen ist nämlich nur der Satz ausgesprochen, daß, wenn ein Sclave oder Haussohn sich bei einer alternativen Stipulation die Wahl des Gegenstandes vorbehalten hat, dieses Wahlrecht nicht von dem Herrn oder dem Vater ausgeübt werden dürfe"; Lauterbach l. c., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. §. 189. (§. 4.). Da dies aber auf eigenthümlichen Gründen beruht, nämlich auf dem bekannten Grundsatze des R. R. quod ea, quae *facti* sunt, non transeant ad dominum, l. 44. pr. D. 35. 1. — §. 2. J. 3. 17. — l. 38. §. 6. D. 45. 1., so kann daraus kein Schluß auf Unzulässigkeit einer Cession gemacht werden. [Für den Uebergang des Wahlrechts auf den Cessionar erklärt sich auch v. Keller a. a. O.]

Zu 3) Die l. 112. pr. D. 45. 1. weist darauf hin, daß es schon in der Wortfassung der Stipulation erkennbar seyn könne, ob die Leistung des Einen oder des Andern durch Willkür oder durch entschiedenen Willen bestimmt werden solle, wo im ersten Fall dem Schweben des Willens keine Zeitgrenze gesetzt, dagegen im zweiten

*) Ueber die verschiedenen Lesarten der l. 76. pr. D. 45. 1. s. Mühlenbruch Lehre v. d. Cess. S. 266. not. 41.

Fall der Willkür durch den Willen das Ziel gesteckt ist. Dieser Unterschied wird leg. cit. dahin bezeichnet, daß es ein Anderes sey, wenn ich sage: utrum volam oder utrum voluero. Donellus Comm. Vol. IX. Lib. XV. c. 2. §. 8. erklärt dies so: verbum *volam* tractum habet futuri temporis et extensivum est, ad omne scilicet futurum tempus pertinens (cf. l. 6. §. 1. D. 38. 17.). At illud: *voluero* *) habet significationem praeteriti temporis, quod tunc declaretur postea cum stipulator voluerit. Hoc vero, cum praeteriit, amplius revocari non potest. Wo nun der Wahlberechtigte sich nicht ausdrücklich auf eine solche Art beschränkt hat, oder die Feststellung der obligatio incerta auf eine bestimmte Willenserklärung geradehin ausgesetzt ist, **) wird man wohl schwerlich mit Thibaut Syst. §. 81., Mühlenbruch Lehrb. §. 325. und Schweppe a. a. O. Thl. III. §. 379. die Unwiderruflichkeit einer Willensäußerung des Wahlberechtigten annehmen können, s. l. 138. §. 1. D. 45. 1. cum stipulatus sum, illud aut illud dari, licebit tibi, quotiens voles, mutare voluntatem in eo, quod praestaturus sis: quia diversa causa est voluntatis expressae et ejus quae inest. Hiermit ist wohl deutlich gesagt, daß eine obligatio incerta und also auch ihre Variabilität nur durch einen auf Aufhebung der incertitudo absichtlich gerichteten Willensact in eine obligatio certa übergehen könne. Es ist daher wohl mit v. Vangerow a. a. O. §. 569. no. 2., v. Savigny Obl. R. Bd. I. S. 391., Puchta Pand. §. 221. und v. Keller Pand. §. 245. in der Regel anzunehmen, daß die Wahl unveränderlich an sich erst durch die Leistung bei dem Schuldner, durch die Klage bei dem Gläubiger geschehe; l. 106. l. 138. §. 1. D. 45. 1. — l. 19. D. de legat. II. (31.) — l. 21. §. 6. D. 19. 1.***)

---

*) oder nach der deutschen Uebersetzung des Corp. jur. „was ich gewollt haben werde."

**) s. l. 84. §. 9. D. de leg. I. (30.) Stichum aut Pamphilum utrum heres meus volet, Titio dato; si dixerit heres, Stichum se velle dare, Sticho mortuo liberabitur. Cum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit.

***) Abweichend zum Theil ist Schweppe a. a. O., insofern er die Befugniß zu variiren bis zur Erfüllung nur da annimmt, wo man gesetzlich zur Wahl berechtigt ist, dieselbe aber als ausgeschlossen betrachtet, wenn man in Folge ausdrücklicher Bestimmung oder vermöge eines Vertrags gewählt hat. Mit dem Unterschiede zwischen volam und voluero will sich nämlich Schweppe gar nicht befassen, indem er ihn blos auf dem eigenthümlichen Sprachgebrauch der Römer beruhend betrachtet. Allein muß sich für Begriffe nicht in jeder Sprache eine Ausdrucksweise finden? —

Bei jährlichen Präſtationen kann es wohl gar keinen Zweifel haben, daß der Verpflichtete variiren kann, wenn er ſie auch noch ſo oft auf die eine Art erfüllt hat, denn hier wird für jeden Termin eine beſondere Verbindlichkeit, mithin auch eine eigene Wahl angenommen. Daſſelbe muß aus dem nämlichen Grunde, l. 21. §. 6. D. 19. 1. — l. 138. §. 1. D. 45. 1., auch vom Gläubiger gelten, wenn ihm durch beſonderen Vertrag das Wahlrecht eingeräumt iſt, daher auch bei 30 jährigem Beharren bei derſelben Alternative das Recht, ſpäter die andere zu erwählen, nicht durch erlöſchende Verjährung verloren geht, ſ. Erk. d. O.=H.=G. in Mannheim in d. Jahrbüchern 1841/42. S. 156., weil mit jedem Jahre das Wahlrecht von Neuem eintritt.

Zu 4) Darüber iſt wohl nach Juſtinian's Beſtimmung in l. 10. C. 4. 5. kein Zweifel mehr, daß auch bei der Zurückforderung dem Schuldner, welcher aus Irrthum anſtatt Eines beide Objecte präſtirt hat, die Wahl zuſtehe. Eine nothwendige Ausnahme findet nur ſtatt, wenn zwei Perſonen disjunctive obligirt ſind*) und beide präſtirt haben. Nun kann doch nicht Jeder von Beiden das Gegebene zurückfordern, und theilbar iſt das Zurückforderungsrecht ſo wenig, als das Wahlrecht; igitur — ſagt l. 21. D. 12. 6. — hoc casu electio est creditoris, cui velit solvere, ut alterius repetitio impediatur. Knepeler D. de debitore alterutrum debente utrumque per errorum solvente §. 2. v. Vangerow a. a. O. §. 569. no. 1. S. 19. der 6. Aufl. unterſtellt dieſem Geſetz die Vorausſetzung, daß beide gleichzeitig erfüllt haben, denn hätten ſie nach einander präſtirt, ſo könne der Zweite unbedingt das indebitum condiciren. Es ſcheint aber nicht nothwendig, dieſe im Geſetz nicht erfindliche Diſtinction aufzuſtellen. Allerdings kann nämlich der Zweite ſchlechthin condiciren, wenn der Empfänger nicht von ſelbſt den Zuvielempfang reſtituirt hat, ſo lange aber noch keiner von beiden Debenten geklagt hat, kann der Gläubiger reſtituiren, welches von beiden Objecten er will, weil eigentlich beide durch ihre Leiſtung ſich des Wahlrechts factiſch begeben haben. Thibaut Syſtem §. 80. (Ed. 8.) erkennt den Fall einer doppelt erfüllten Correalverbindlichkeit ſchlechthin als Ausnahme vom Wahlrecht des Schuldners an, daher die Abweichung in Braun's Dictaten S. 109. mit den beigeſetzten falſchen Citaten keine Beachtung verdient.

Zu 5) Hier fällt die Condiction weg; ſ. l. 32. D. 12. 6.

Zu 6*) Man kann es wohl nicht für richtig anerkennen, wenn

*) l. 21. D. 12. 6. Si duos reos non ejusdem pecuniae, sed alterius obligationis constitueris utputa Stichi aut Pamphili.

Glück Thl. IV. S. 417. behauptet: „die Zögerung benimmt auch dem Schuldner die Wahl, die er sich ausbedungen, und berechtigt nunmehr den Gläubiger, zu wählen." Zwar stimmt dem auch Zimmern im civilist. Archiv Bd. I. S. 329., Koch R. d. Ford. I. §. 34. und Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 379. bei. Es ist aber von Andern hinlänglich dargethan, daß die l. 2. §. 2. u. 3. D. 13. 4., welche dieser Behauptung zur Stütze dienen soll, anders erklärt werden muß, und auch davon abgesehen das, was darin von der alternatio locorum und alternatio locorum alternationi rerum mixta gesagt ist, als auf singulären Gründen beruhend nicht weiter in Betracht gezogen werden kann; Sintenis pr. gem. Civilr. Bd. II. §. 83. not. 52a., Madai Lehre v. d. mora S. 396., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 569. not. 1. no. 4., Braun's Dictaten zu Thibaut §. 103. S. 123., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. §. 242. (§. 105. u. not. c.) u. §. 256. (§. 134. no. 4.), Mommsen Beitr. z. Oblig.-R. III. Abth. (1855.) S. 259. Das Gegentheil dürfte wohl schon aus §. 33. J. 4. 6. gefolgert werden, wonach der Kläger von dem Verpflichteten — welcher doch gewöhnlich in mora seyn wird — doch durchaus nur alternative fordern darf. Es ist aber auch in l. 6. u. 8. D. 33. 5. ausdrücklich bestimmt, daß dem Säumigen erst ein Präjudicialtermin zur Erklärung über die Wahl gegeben werden müsse. Nach Ablauf dieses Termins erst kann der zu einer alternativen Leistung Verpflichtete, falls dem Gläubiger die Wahl zusteht, ungehindert disponiren, und nur wenn Alles noch im vorigen Stande ist, kann der Berechtigte dann noch gehört werden; l. 6—8. cit. Quamobrem — sagt Cujac. Comm. Lib. XXVIII. Qu. Papin. ad l. 95. §. 1. de solut. (Opp. post. T. I. p. 741.) — ita concludamus, in poenam promissoris, qui moram fecit, non transfertur electio a promissore, cujus erat electio, in stipulatorem. Die allegirten l. 6—8. haben zwar nur den speciellen Fall vor Augen, wo dem Gläubiger die Wahl zusteht, allein ratio legis bleibt doch dieselbe auch im umgekehrten Fall, wenn dem Schuldner die Wahl frei gelassen ist, und da vorbemerktermaßen doch immer nur die Alternative in petitione und condemnatione seyn kann, so kann er, wenn er auch bei der Litiscontestation nicht gewählt hat, wohl nur in stadio executionis sein Wahlrecht verlieren; Koch R. d. Ford. Bd. I. S. 38.

Zu 6[b]) Wenn der Dritte, auf dessen Bestimmung der Wahlgegenstand beruhen sollte, stirbt, ohne gewählt zu haben, so ist der Schuldner liberirt; l. 141. §. 1. D. 45. 1. — §. 1. J. 3. 24., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 379.

Zu 7) Das Wahlrecht des Schuldners kann

Zu A.

a) durch bloßen Zufall zwar zugleich mit dem Recht des Gläubigers zu Grunde gehen, wenn beiderlei Gegenstände der Verbindlichkeit ohne irgend eine Schuld untergegangen sind; nam impossibilium nulla datur obligatio. Es kann aber, wenn nur Einer vom Zufall verschont geblieben ist, doch noch bestehen, wenngleich nur Einer noch existirt; der Schuldner kann nämlich, wenn ihm der übrig gebliebene Gegenstand werthvoller ist, durch Leistung des Werths des untergegangenen Objects sich liberiren*). Der bloße Zufall also soll keine wesentliche Veränderung im Recht bewirken.

Zwar sind nicht alle Rechtsgelehrte hierüber einig, aber diese Entscheidung liegt nicht nur ganz bestimmt in l. 47. §. 3. D. de leg. I. (30.) und ex argumento de contrario auch in l. 95. §. 1. D. 46. 3., von dem alternativ Verpflichteten dieses Recht blos dann, wenn er sich durch schuldhaft herbeigeführten Untergang des Einen Gegenstands selbst dessen Ausübung abgeschnitten hat, und nur als Strafe seiner Schuld versagt wird, sondern sie ist auch durch die gewichtigsten Autoritäten unterstützt; Thibaut Syst. §. 81., vorzüglich Zimmern im civilist. Archiv Bd. I. S. 310., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 379., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 569. Anm. 2. (S. 23. der 6. Aufl.)

Verschieden gestaltet sich

b) der Einfluß der Schuld am Untergang der Sache auf das Wahlrecht des alternativ Verpflichteten,

aa) wenn der Verpflichtete selbst in culpa oder, was gleichviel ist, in mora war, und zwar

---

*) Diese Aestimation ist dann zwar nicht in obligatione, denn darin kann nur das übrig gebliebene Object bleiben, nachdem das andere zerstört oder auch etwa inzwischen aus einem andern Grund in das Eigenthum des Gläubigers übergegangen ist; l. 16. pr. D. 45. 1. Aber wenngleich der Kläger seine Petition nur auf das übrig gebliebene Object richten kann, l. 3. §. 2. D. 13. 4. — l. 34. §. 6 D. 18. 1. — l. 95. §. 1. D. 46. 3., so ist doch in solutione dem Schuldner die Wahl jenes Surrogats gegönnt, ungeachtet begreiflicher Weise der Gläubiger es nicht fordern konnte. Cum altera tantummodo in petitione sit res, tamen alterius solvendae jus habeat debitor. Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 357. Aehnliche Fälle s. l. 1. D. 9. 4. — l. 6. §. 1. D. 42. 1 — l. 2. C. 4. 44.

α) wenn nur einer der Wahlgegenstände auf solche Art unterging, der andere aber übrig blieb.

In diesem Fall scheint diejenige Entscheidung die consequenteste zu seyn, welche Thibaut Syst. §. 81. u. Braun's Erört. dazu §. 85. S. 111. mit Beziehung auf Cujacius und Brassier D. de causis alternativis. Heidelb. 1821. §. 5. dahin gibt, daß der Schuldner nun das noch vorhandene Object zu geben verpflichtet sey. Dagegen wird zwar v. Zimmern a. a. O. S. 316. und v. Vangerow a. a. O. §. 569. not. 2. no. 2. aus l. 95. §. 1. D. 46. 3. gefolgert, er dürfe auch statt des übrig gebliebenen Objects die Aestimation des durch seine Schuld zerstörten geben, wenn das zerstörte Object keinen geringeren Werth hat, als das noch vorhandene, indessen möchte doch wohl, wenn ein anderes Verständniß dieser Stelle nicht nur möglich, sondern auch durch Rationabilität postulirt ist, dieses vorzuziehen seyn. In leg. cit. wird nämlich der Fall aufgeworfen, daß Jemand nach eigener Wahl sich verpflichtet hatte, den Sclaven Stichus oder Pamphilus zu geben, durch seine Schuld aber Einer von Beiden das Leben verlor. Nun heißt es: quamvis interim non alius peti possit, quam qui solvi etiam potest, neque defuncti offerri aestimatio potest, si forte longe fuit vilior, quoniam id pro petitore in poenam promissoris constitutum est: tamen et si alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore, quo moriebatur, non commiserit stipulationem. Die Frage, welche Papinian hier zu entscheiden beschäftigt war, war eigentlich nur diese, ob der Promissar dann noch etwas fordern könne, wenn der eine Gegenstand durch Schuld des Promittenten (welcher zu wählen hatte, mithin dadurch, daß er das eine Object seiner Wahl zu Grunde gehen ließ, dem Promissar noch nichts entzogen hat), der andere aber, welcher nun allein noch in obligatione war, in der Folge durch reinen Zufall unterging. Die contemplative Einkleidung des Falles läßt sich — ohne darin eine nicht beabsichtigte Entscheidung einer gar nicht aufgeworfenen Frage suchen zu wollen — einfach also zergliedern. Voran steht als Axiom: wenn der eine Wahlgegenstand untergegangen ist, so kann nur der noch vorhandene gefordert werden. Nun könnte es dem Beklagten wohl, wenn etwa der untergegangene Gegenstand weniger werth wäre, einfallen, die Aestimation zu bieten; dies geht aber gerade da nicht an, es muß also bei dem übrig gebliebenen Gegenstand sein Verbleiben haben. Der Gedanke, daß der Beklagte in dem Fall, wenn der untergegangene Gegenstand gleichen oder größeren Werth hätte,

dessen Aestimation bieten könnte, ist hier gar nicht aufgefaßt, weil es dafür wohl weder eines Gesetzes, noch eines Richters bedürfen wird.

β) wenn beide Objecte vernichtet sind, und zwar das erste durch culpa des Schuldners, das zweite durch casus.

Dieser Fall ist in der eben angeführten l. 95. §. 1. D. 46. 3. dahin entschieden, daß dann gar nicht aus der Stipulation, sondern nur actione doli gegen den Verpflichteten geklagt werden könne. In bonae fidei negotiis aber kommt auch die culpa in Betracht, welche der Verpflichtete dadurch beging, daß er durch seine Vernachlässigung den Berechtigten der Gefahr des gänzlichen Verlustes seines Rechts aussetzte; er muß also die Aestimation prästiren, Zimmern a. a. O. S. 317., Braun zu Thibaut §. 85. und zwar, wie mit v. Vangerow a. a. O. anzunehmen seyn möchte, die Aestimation desjenigen Objects, welches den geringsten Werth hat, und nicht, wie Zimmern a. a. O. statuirt, schlechthin den Werth des durch seine Schuld untergegangenen Gegenstandes, denn die Entschädigung kann nicht weiter gehen, als der Verlust, und der Gläubiger konnte ja ex obligatione incerta nicht ein Bestimmtes fordern, sondern mußte sich, wenn der Verpflichtete das geringere Object wählte, während jedes von beiden vorhanden war, auch zufrieden stellen.

Wenn umgekehrt das erste Object durch Zufall, das andere hernach durch Schuld des alternativ Verpflichteten zu Grunde ging, dann hat der Zufall die obligatio alternativa in eine obl. simplex umgestaltet; aus den zu a. bemerkten Gründen wird aber angenommen, daß der Schuldner sich auch durch die Aestimation des ersten Objects liberiren könne; v. Vangerow a. a. O., Braun a. a. O., Zimmern a. a. O. S. 319.

γ) wenn beide Objecte durch culpa des Schuldners untergegangen sind.

In diesem Fall wird von Zimmern a. a. O. und in Braun's Erörter. S. 112. dem Schuldner das Wahlrecht im Surrogat ebenso eingeräumt, wie er es in den Hauptobjecten hatte, vorausgesetzt, daß er beide Objecte gleichzeitig vernichtet hat, und nur dann, wenn er sie successiv vernichtete, soll seine Verbindlichkeit auf dem letzten Object haften bleiben, mithin nur der Werth des zuletzt Zerstörten vom Gläubiger gefordert werden können. v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 569. Anm. 2. S. 25. C. faßt überhaupt nur den letzteren Fall auf, indem der erstere in der Wirklichkeit kaum denkbar ist. Käme er aber auch vor, so scheint Thibaut's Entscheidungsgrund: weil der Schuldner an den Objecten die Wahl hatte, so müsse er sie auch

an dem Surrogat haben, — nicht auf den Fall zu passen, welchen der Verpflichtete durch seine Schuld herbeigeführt hat; denn es läßt sich nicht wohl dem Schuldner bei doppelter culpa ein beneficium einräumen, welches er nach der zu α. angeführten l. 95. §. 1. D. 46. 3. schon durch einfache culpa verloren hätte.

bb) wenn durch die Schuld des Gläubigers der Untergang herbeigeführt wurde, und zwar

α) nur Eines der beiden Wahlobjecte: dann hat der Gläubiger das Recht zwar an der übrig gebliebenen Sache, jedoch gegen vollständig für die vernichtete Sache zu leistende Entschädigung des Schuldners, l. 55. D. 9. 2., welcher ihm auch wohl den Werth der vernichteten als Zahlung anrechnen und die übrig gebliebene behalten kann;

β) wenn beide Objecte zu Grunde gingen, und zwar das Erste durch Zufall, das Zweite durch Schuld des Gläubigers.

Hier verliert der Gläubiger durch den casus sein Recht am ersten, und durch seine Schuld am zweiten, der Schuldner aber kann, weil er sich das letzte Object durch die Aestimation des ersten hätte erhalten können, wenn der Gläubiger jenes nicht vernichtet hätte, für diesen bei ungleichen Werthen ihm zugezogenen Verlust aus dem Aquilischen Gesetz auf Entschädigung gegen den Gläubiger klagen.

Ging das erste Object durch culpa des Gläubigers, das zweite durch Zufall unter, so ist für den Gläubiger eben auch alles Recht verloren; die Schadensersatzforderung des Schuldners aber heftet sich auf die am ersten Object begangene culpa. Der Gläubiger muß ihm nämlich den Werth des Vernichteten, nebst dem Interesse, welches der Schuldner bei ungleichen Werthen der Wahlgegenstände hat, diesen statt des andern nicht mehr geben zu können, vergüten.

γ) Wenn beide Objecte durch Schuld des Gläubigers vernichtet sind, so muß wohl dem Schuldner die Wahl bleiben, das Interesse wegen des einen oder des andern Objects zu berechnen; Braun a. a. O. S. 114.

Die nähere Entwickelung der Grundsätze bei der Schadensberechnung geben v. Vangerow a. a. O. und Zimmern a. a. O.

Zu B.

Wenn das Wahlrecht dem Gläubiger zusteht, so sind wieder die vorerwähnten Fälle zu unterscheiden:

a) bei dem ersten Fall, wenn durch Zufall beide Objecte oder nur eines derselben der Untergang traf, findet sich keine Schwierigkeit; denn durch den Untergang beider erlischt das Recht völlig, und durch den Untergang Eines beschränkt sich das Recht des Gläubigers auf das andere Object.

b) Wenn durch Schuld des Verpflichteten der Untergang an Einem oder an beiden Objecten herbeigeführt wurde, so wird dadurch das Wahlrecht des Gläubigers nicht afficirt, sondern es tritt blos die Aestimation an die Stelle, soweit das eigentliche Object nicht mehr existirt.

c) Wird aber der Untergang durch die Schuld des Gläubigers bewirkt, so differiren die Ansichten der Rechtsgelehrten. Es kommt hierbei darauf vorzüglich an, ob man annimmt, daß der alternativ Berechtigte durch Zerstörung des Gegenstandes zugleich sein Wahlrecht zerstöre, oder nicht.

Nimmt man das erstere an, so ist die Folge

α) wenn er beide zerstört, daß er nichts mehr zu fordern hat, und während er das erste Object sich als bereits empfangen anrechnen lassen muß, für das zweite den Schuldner zu entschädigen hat;

β) wenn er den Untergang nur an einem Object verschuldet hat, und zwar

1) hat er das erste schuldhaft vernichtet, und das zweite ging durch Zufall unter, dann gilt auch wieder das erste für ihn als empfangen und das zweite geht auf Rechnung des Schuldners unter;

2) ist das erste durch Zufall, das zweite durch Schuld des Gläubigers zu nichte geworden, so hebt sich eben auch jede Forderung auf.

Dieser Meinung findet man Thibaut in Braun's Dict. S. 114. rc. mit Beziehung auf l. 105. D. 45. 1. und l. 72. D. 46. 3. zugethan.

Nimmt man dagegen mit Zimmern a. a. O. S. 333. an, daß der Gläubiger durch schuldhafte Zerstörung eines Gegenstandes seiner alternativen Forderung sein Wahlrecht nicht verliere, so folgt, daß der Gläubiger, wenn er nur Ein Object zerstört hat, das übrig gebliebene noch fordern kann, wenn er dem Schuldner die Aestimation des untergegangenen darbietet, wenn aber beide Objecte vernichtet sind, und zwar

a) zu verschiedenen Zeiten,

aa) das erste durch seine Schuld, das andere durch Zufall, so compensiren sich die gegenseitigen Ansprüche.

bb) wenn beide Objecte culpos: da kann der Gläubiger wählen, für welches von beiden er die Entschädigung an den Schuldner entrichten will.

cc) wenn das zweite culpos, nachdem das erste bereits durch Zufall zu Grunde gegangen war: hier hat der Gläubiger nur sich selbst geschadet, welcher nach casuellem Untergang des ersten auf das zweite reducirt war, für welches er natürlich auch keinen Ersatz zu geben hat.

b) Wenn beide Objecte gleichzeitig durch des Gläubigers Schuld untergehen, so tritt das zu bb) Gesagte gleichfalls ein.

Entschieden erklärt sich — und gewiß mit bestem Grund — gegen solche Uebermacht des Wahlrechts des Gläubigers v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 569. S. 29 ꝛc., ohne jedoch Thibaut darin beizustimmen, daß der alternativ Berechtigte, wenn er eines der Wahlobjecte schuldhaft vernichtet hat, dieses nothwendig als empfangen annehmen müsse, denn dies liege in keinem Gesetz, insbesondere auch nicht in den von Thibaut oben erwähntermaßen angezogenen Gesetzstellen. Vielmehr müsse man statuiren:

a) wenn das erste Object durch seine culpa, das andere durch casus untergeht, so sey er unbedingt zum Schadenersatz verbunden, verliere aber dadurch nicht sein Recht auf das übrig gebliebene Object. Geht aber dieses durch Zufall unter, so falle dieser Zufall freilich dem Verpflichteten zur Last, während er übrigens gegen den Gläubiger liberirt ist, aber er verliere bei verschiedenem Werth der Wahlobjecte nicht das Interesse hinsichtlich des culpos vernichteten Objects.

b) Wenn das erste Object durch casus, das zweite durch culpa des Gläubigers untergegangen ist, so werde der Schuldner nicht nur liberirt, sondern könne auch alsdann und insoweit Entschädigung vom Gläubiger fordern, als sein nach gewöhnlichen Grundsätzen zu berechnendes Interesse den Sachwerth dieses zweiten Objects übersteigt.

c) Sind beide Objecte durch Schuld des Gläubigers vernichtet, und zwar

α) zu verschiedenen Zeiten, so ist wiederum der Gläubiger für das zuerst vernichtete als unbedingt ersatzpflichtig zu erachten, kann aber möglicher Weise auch für das zweite

ex lege Aquilia haften müssen, wenn und soweit die Interesseforderung des Schuldners den reinen Sachwerth des zweiten Objects übersteigt.

β) Sind die beiden Objecte gleichzeitig vernichtet, so sey der Gläubiger für beide nach den Grundsätzen der lex Aquilia zum Schadenersatz verpflichtet, könne aber den Sachwerth desjenigen Objects abziehen, welches den meisten Werth hat.

---

§. 211.

6. Andere Eintheilungen.

Was von einseitigen und gegenseitigen Obligationen zu sagen ist, findet zweckmäßiger in der Lehre von den Verträgen Platz. — Eben dies gilt von der Eintheilung in principale und accessorische Obligation. Das Charakteristische der letzteren ist das Abhängigkeitsverhältniß, in welchem sie zu einer anderen steht, indem sie

a) entweder eine andere als schon existirend voraussetzt, um zu ihr hinzuzutreten, mit ihr zu stehen und zu fallen, z. B. die Bürgschaft, oder

b) mit der principalen zugleich entsteht und eigentlich nur eine Erweiterung derselben ist, wie die Verbindlichkeit zu Zinsen (Kap. II. §. 213.), Interesse (Kap. II. §. 218.) und Früchten (Bd. I. §. 35.), daher sie ohne die principale Verbindlichkeit für sich nicht geltend gemacht werden kann (Bd. I. §. 35. Fr. 10.), aber auch ohne besondern Antrag vom Richter, wenn sie ihm erkennbar ist, von Amtswegen zuerkannt werden muß.

[I. Der Verfasser hat sich auch später nicht über die fraglichen Eintheilungen näher ausgesprochen. Hier ist der Platz, davor zu warnen, daß nicht die Begriffe: Vertrag und Obligation verwechselt und vermischt werden. Vertrag ist ein Entstehungsgrund, Begründungsakt der Obligation, Obligation ist das durch den Vertrag bezweckte, hervorgerufene Rechtsverhältniß. Der Vertrag ist (immer und seinem Wesen nach) ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, indem er ein Akt wesentlichen Zusammenwirkens der beiden Parteien ist, im Gegensatz des einseitigen Rechtsgeschäfts z. B. der pollicitatio, der ultima voluntas, der Trassirung oder Acceptirung eines Wechsels. Aus einem Vertrag, trotz seiner Zweiseitigkeitsnatur, können auch

einseitige Obligationen hervorgehen, z. B. aus einem Schenkungsvertrag.

Man unterscheidet gewöhnlich (abgesehen von den accessorischen) blos zwei Gattungen von Obligationen: ein- und zweiseitige, indem man die Gesellschafts- und Spielobligationen zu den letzteren, und die einseitigen Obligg. mit actio contraria bald zu der ersteren, bald zu der letzteren Gattung rechnet. Der juristischen Logik dürfte folgende Eintheilung am vollständigsten entsprechen:

1. einseitige Obligationen,
   a) streng einseitige, z. B. Darlehns- oder Schenkungsobligation; über die s. g. abstrakten Obligationen vergl. unten sub IV.
   b) einseitige mit actio contraria, z. B. obligatio ex deposito; dieselben zu den zweiseitigen (als s. g. unwesentlich zweiseitige) zu rechnen, verbietet sich dadurch, daß die actio contraria nicht im Zweck des Vertrags liegt und demnach außerhalb des eigentlich rechtsgeschäftlichen Bereichs fällt.
2. gegenseitige Obligationen,
   a) mit Naturalwerthen auf beiden Seiten;
   b) mit Geldleistung (pretium, merces) auf der einen Seite.
   Ueber die mit einer aleatorischen Modalität behafteten Obligg. dieser Klasse vergl. unten.
3. Gesellschaftsobligationen, welche darum nicht zu den gegenseitigen Obligg. gezählt werden dürfen, weil bei ihnen nicht die beiderseitigen Leistungen als Aequivalentswerthe aneinander selbständig gegenübertreten, sondern beide zu einem gemeinsamen Erfolge zusammenwirken sollen, welcher dann den Parteien je nach der statuirten Gesellschaftsproportion zugute kommt. Die Besonderheit der Gesellschaftsstruktur zeigt sich schon darin, daß in ihr nicht blos zwei, sondern ebensogut drei oder mehrere selbständige Parteien Raum und Stellung finden. Ihre Unterscheidung von der Gattung der (einfach) gegenseitigen Obligg. hat auch ein praktisches Interesse, z. B. bei der Frage, welchen Einfluß das Unmöglichwerden der Leistung auf Seiten der einen Vertragspartei auf den Bestand der Gesammtobligation äußere. Ueberdem ist für die Systematik zu berücksichtigen, daß manche Vertragsverbindungen in zwiefacher Richtung erscheinen, nämlich theils als einfach gegenseitige, theils als gesellschaftliche Obligationen, und daß jede dieser Richtungen typisch ist; z. B. Verlags-, Viehverstellungs-, Versicherungsobligationen. Vergl. Kuntze Die Oblig. und Singularsuccession, §. 89. S. 355. Daß auch vom öko-

nomischen Standpunkt aus ein Interesse an der Unterscheidung der Gesellschaftsobligg. von den (einfach) gegenseitigen Obligg. bestehe, darauf deutet neuerdings v. Hasner System d. polit. Oekonomie Bd. I. (1860.) hin, indem er sagt, daß „nur in jenen ein gemeinsamer Zweck in der Art verbindend eintrete, daß Jeder dem Interesse des Anderen unmittelbar zu dienen genöthigt ist.“

4. Alternative Obligationen*), oder wie der Verfasser (s. unten Kap. XVII.) nach v. d. Pfordten's Vorgange sagt, Verträge, welche in der Eingehung zweiseitig, aber in der Erfüllung einseitig sind. Noch Arndts und v. Keller weisen diesen Obligg. keine bestimmte Stelle im System an. Das Richtige ist wohl dies, daß eine besondere Gruppe von solchen Obligationen gebildet wird, denen ein alternativer Charakter eignet: die Alternität beruht darin, daß zwei Leistungen einander gegenübertreten, die nicht im Verhältniß eines ökonomischen Aequivalents stehen, da es gar nicht auf ihre beiderseitige Erfüllung abgesehen ist, — die vielmehr beide bedingt, und zwar im umgekehrten Verhältniß bedingt sind, so daß der Eintritt des nämlichen Ereignisses für die eine Partei (oder Leistung) die Bedeutung einer existens conditio, für die gegenüberstehende aber die Bedeutung einer deficiens conditio hat. Demgemäß stehen sich die beiden Leistungen nicht copulativ, sondern alternativ (nämlich im umgekehrten Verhältniß der Entscheidung der Bedingung) gegenüber. Vergl. Kuntze a. a. O. S. 356. und Der Wendepunkt d. Rechtswissensch. S. 37. — In diese Klasse gehören a) das Spiel, b) die Wette, c) das Differenzgeschäft und d) das Ausspielgeschäft, wenn es über eine im Miteigenthum der Ausspieler befindliche Sache eingegangen wird, indem hier Jeder seinen ideellen Antheil einsetzt, und den nämlichen Thatumstand (Loosziehung) über Leistung und Verlust des Einen, wie über Nichtleistung und Gewinn des Anderen entscheiden läßt; dieses Geschäft kann entweder den Charakter eines Spiels (zur Kurzweil) oder einer Verloosung zum Zweck einer realen Auseinandersetzung haben. —

Daß es auch ein praktisches Interesse hat, diese Gattung von Obligationen abgesondert zu behandeln, wird durch folgende Auseinandersetzung des O.-A.-G. zu Rostock klar: „Der Vorgang, der äußerlich als Eingehung eines Wettvertrags sich darstellt, erheischt eine von den übrigen obligatorischen Verträgen verschiedene Behandlung, weil die Wette als solche nicht zu den schon durch ihre Form und

*) [Vergl. dazu das oben in §. 210. Anm. *) Gesagte.]

ihren Zweck charakterisirten Rechtsgeschäften gehört, die den Vermögensverkehr der bürgerlichen Gesellschaft und den Austausch und die Bewegung der vorhandenen Güter und Werthe zu vermitteln, und dadurch dem Bedürfnisse der Einzelnen zu dienen bestimmt sind, sondern regelmäßig nur zur geselligen Unterhaltung und Kurzweil dient, und wie die Erfahrung des täglichen Lebens zeigt, in unzähligen Fällen über größere wie über kleinere Summen, wenn auch in aller Form Rechtens, doch nur zum Scherz eingegangen wird. Während daher bei jenen anderen Verträgen der ernstliche Abschluß sich ihrem Zweck und ihrer Natur gemäß gewissermaßen von selbst versteht, so daß derjenige, der das formelle Zustandekommen eines solchen Vertrags behauptet und darthut, so lange die Vermuthung eines bindenden Vertragschlusses für sich hat, als nicht der andere Theil besondere Gründe für sich anzuführen hat — verhält sich dies bei der Wette insofern geradezu umgekehrt, als sie vielmehr zu ihrer Klagbarkeit die Darlegung besonderer Umstände erfordert, aus denen der Richter mit Sicherheit zu entnehmen vermag, daß sie eben nicht blos als ein Scherz eingegangen ist." Buchka-Budde Entscheid. des Mecklenb. O.-A.-G. Bd. III. (1859.) S. 100 ff. — Aehnliches ließe sich unter Umständen auch vom Spiel und Differenzgeschäft behaupten.

Man hat diese vierte Klasse von Obligg. als Glücksverträge oder gewagte Geschäfte bezeichnet; indeß ist zu berücksichtigen, daß die causa aleatoria sich weit über das begrenzte Gebiet der von mir s. g. alternativen Obligg. hinaus erstreckt, und es ist auch von Anderen schon bemerkt worden, daß hier zwei Arten aleatorischer Rechtsbildungen zu unterscheiden seyen; vergl. Sintenis pr. gem. Civilr. Bd. II. §. 97. Anm. 67., Rückert Der Leibrentenvertrag (1857), S. 7 ff., v. Gerber System (8. Aufl.) §. 193. Anm. 1. Bei den eigentlichen Glücksverträgen (alternativen Obligg.) ist die alea die eigentliche causa, nicht auf Umsatz, sondern auf Gewinn auf Kosten des Anderen kommt es an; es ist bei ihnen von vornherein gewiß, daß der Eine jedenfalls Verlust erleiden werde, und diese Gewißheit wird eben durch den Vertrag selbst herbeigeführt. Anders verhält es sich mit denjenigen gegenseitigen Obligg., denen ein Wagnißelement nur als Zugabe beigemischt ist, gegenseitige Obligg. mit einseitiger Wagniß, wie Hoffnungskauf, gewöhnliches Ausspielgeschäft, Prämiengeschäfte, Versicherung, Leibrenten- und Wittwenversorgungsvertrag. Auch sie sind allerdings gewagte Geschäfte, und darum haben sie dies mit der anderen Art gemein, daß auf sie der Satz von der Anfechtbarkeit wegen laesio enormis keine Anwendung

leidet, aber sie haben im Grunde einen reellen sozialökonomischen Zweck und Inhalt, und sie unterscheiden sich nicht bloß hierdurch, sondern auch durch ihre civilistische Struktur von den im eng. S. s. g. Glücksgeschäften. Bei letzteren ist für beide Theile ungewiß, ob oder wie viel der Eine oder Andere zu leisten hat, bei ersteren dagegen ist die Leistung des einen Theils vertragsmäßig festgestellt (Preis, Prämie), und nur die Wirklichkeit oder der Umfang der Leistung des anderen Theils in suspenso. Sie dienen bestimmten Verkehrsinteressen; dagegen sagt Bluntschli Privatr. §. 142. von den Glücksgeschäften im eng. S., daß sie nicht durch ein Bedürfniß des ökonomischen Verkehrs erzeugt werden, sondern ihrer Natur nach unfruchtbar und luxurios sind. Damit stimmt der oben angeführte Gedanke überein, daß solchen Rechtsgeschäften die kasuistische Interpretation nicht günstig ist, denn allenthalben müssen dem Luxus Zügel angelegt werden. —

II. Die andere vom Verfasser oben beiläufig erwähnte Eintheilung der Obligationen in principale und accessorische anlangend, so ist darauf aufmerksam zu machen, daß das Abhängigkeitsverhältniß sich sehr verschieden gestalten kann. Soll das Princip der Gattung im Ganzen ausgesprochen werden, so muß es sehr allgemein gefaßt, nämlich dahin angegeben werden, daß die accessorische Obligation bedingt sey durch die Existenz einer anderen (Haupt-) Obligation, welcher sie in irgend einer Richtung dient. Der allgemeinste Grund ihres Anschlusses an die Hauptobligation ist deren Sicherstellung. Dagegen ist es nicht richtig — auch nicht, wie der Verfasser meint, in Betreff der Bürgschaft — zu sagen, daß sie die Hauptobligation als schon existirend voraussetze; wenigstens ist diese Behauptung in dem Sinne nicht richtig, wenn damit gemeint ist, es könne Jemand sich nicht rechtsverbindlich verbürgen, so lange noch nicht die Hauptobligation selbst begründet wäre; denn es kann Jemand sich auch für eine erst in Aussicht stehende Oblig. verbürgen, indem solchenfalls der Bürge bedingt verpflichtet wird: l. 35. D. 5. 1. — l. 6. §. 2. l. 57. D. 46. 1. Es ist belehrend, hierzu die Ausführung Dernburg's (Pfandrecht, Bd. I. S. 520 ff.) in Betreff des, gleichfalls accessorischen, Pfandrechts zu vergleichen; derselbe sagt, daß der accessorische Charakter des Pfandrechts der Annahme eines Pfandrechts vor Entstehung der Schuld nicht entgegenstehe, denn der Charakter des accessorischen Rechts liege nur darin, daß es den Zwecken einer Forderung ausschließlich diene, und daß es mithin mit Erreichung dieses Zieles erlösche; aber die Wege, die es zu diesem Zwecke einschlage, seyen selbständige, die Mittel eigenthümliche; daher hindere nichts, daß es dem Hauptrecht

zu dessen besserem Dienst zeitlich vorangehe; eine entgegengesetzte — äußerlich formalistische Ansicht schwäche das accessorische Recht zum Schaden des Hauptrechts, das ja gerade um so mehr geschützt sey, je früher das dienende Recht in's Leben tritt und datirt.

Ferner ist darauf aufmerksam zu machen, daß eine accessorische Obligation nicht gerade eine vollwirksame Obligation zur Voraussetzung hat, sondern es kann die zu sichernde Hauptobligation von sehr abgeschwächter Geltung seyn, z. B. eine von einem Pupillen ohne auctoritas contrahirte Obligation gilt insoweit, daß er sie interposita auctoritate oder pubes factus erfüllen kann (beschränkte naturalis obligatio — zahlbare Schuld); für eine solche, gegen den Mündel als solchen gar nicht geltend zu machende Obligation nun kann eine Bürgschaft rechtsgiltig begründet werden: vergl. v. Keller in Bekker's Jahrbuch des deutsch. R. Bd. IV. S. 373. und dazu oben §. 206. S. 9.

Dem entsprechend ist die accessorische Oblig. auch insofern unabhängig von der Existenz einer Hauptobligation, als die letztere aufhören kann, mit der Kraft selbständiger Geltendmachung fortzubestehen, ohne daß damit die accessorische Oblig. erlöschte; die Hauptoblig. bleibt nur als beschränkte Naturalobligation, als zahlbare, erfüllbare Schuld stehen, sie hat den Charakter einer Rechtsnothwendigkeit verloren, und doch gilt die accessorische Oblig. noch fort, ja erst jetzt und dadurch tritt sie in die Fülle ihrer praktischen Bedeutung ein, denn praktisch lebt gleichsam die Hauptobligation nur noch in der ihr dienenden Oblig. fort. Vergl. Dernburg Pfandr. Bd. II. S. 577. 586. Theoretisch ist die Hauptobligation das Fundament, praktisch ist die accessorische Oblig. zum Fundament jener geworden; die Hauptobligation an und für sich ist praktisch so gut wie todt, und doch lebt die accessorische Oblig. fort; sie hat die Hauptobligation in ihre Arme genommen und ist ihre Trägerin.

Solche accessorische oder dienende oder Nebenobligationen sind: a) die Bürgschaft (fidejussio, constitutum); b) die Zinsenobligation, selbstverständlich nur die vertragsmäßige (denn die usurae ex officio judicis praestandae machen nicht eine eigene Obligation aus, sondern erweitern nur den Inhalt der Kapitalsobligation; — hierüber s. oben des Verfassers Bemerkung unter b); c) die Pönalobligation, wo sie einer wirklichen Obligation zur Seite tritt (denn sie kann auch als selbständige Obligation, zum Schutze eines Verhältnisses ohne rechtlichen Charakter, auftreten: l. 38. §. 2. 17. D. 45. 1.); d) gewisse Vergütungs- (Honorar-) Obligg., z. B. beim mandatum (nach Röm.

Auffassung), beim Verlagsvertrag; e) auch im Wechselrecht kommen einige Nebenobligg. besonderer Art vor: die Verbindlichkeit des Trassanten und Indossanten für das Accept einzustehen (Kautionsregreß), und der Anspruch des Wechseleigenthümers gegen den Depositar auf Aushändigung des Acceptexemplars: s. A. D. Wechselordnung Art. 25. 29. 68. —

III. Das deutsche Mittelalter kennt Forderungen, welche zwar betreffs ihres Inhalts mit den vollkommenen Obligg. auf Einer Linie stehen, allein darin sich von denselben wesentlich unterscheiden, daß sie nicht (oder regelmäßig nicht) gegen den Schuldner persönlich geltend gemacht und doch auf gewissem beschränktem (freilich auch sicherem) Wege realisirt werden können. Eine innere (dogmatische) Verwandtschaft derselben mit den oben (sub II.) erwähnten Naturalobligationen ist unverkennbar. Bei dem Rentenkauf und der Satzung des neuern Rechts konnte der Berechtigte sich nicht an den Schuldner, sondern nur an die Sache halten, gleich als wäre diese Sache die Bürgin für eine Naturalobligation; der Schuldner konnte wohl Zahlung leisten, und die Zahlung war ein vollgiltiger Akt, allein er konnte nicht persönlich dazu genöthigt werden, und er stand dafür weder mit seiner Person, noch mit seinem übrigen Vermögen ein; lediglich die verhaftete, obligirte Sache war Exekutionsgegenstand; in dem Recht am verhafteten Grundstück war das Recht auf die Leistung latent. Die Obligation hatte sich gewissermaaßen noch nicht aus dem Schooß des sinnlichen Sachenrechts losgelöst und emancipirt; sie war eine unausgetragene, unvollkommene Obligation. Vergl. v. Meibom in Bekker's Jahrbuch des deutsch. R. Bd. IV. S. 451. Solche unvollkommene Obligg., welche nur in dem ihnen dienenden Pfandrecht zur praktischen Geltung gelangen, bestehen noch im modernen Seerecht. Zu diesen „seerechtlichen Obligationen, welche nur die fortune de mer ergreifen, und von welchen der Schuldner durch Abandon sich freimachen kann" (v. Meibom a. a. O. S. 465.), gehören die Forderungen der s. g. Schiffsgläubiger auf Lootsen-, Bergungs- und Hilfsgelder, Bodmereiforderungen u. s. w. A. D. Handelsgesetzbuch Art. 757—781.

IV. In neuerer Zeit ist im Gebiet des Obligationenrechts ein Unterschied vielseitig erörtert worden, welcher sonst gewöhnlich auf das Römische Recht beschränkt gedacht und immer nur mit dem Begriff des Vertrags (des obligatorischen Entstehungsgrundes) in Verbindung gebracht wurde: der Unterschied der s. g. formellen und materiellen Verträge, oder wie ich zu sagen vorziehe: der abstrakten

und diskreten Obligationen. Dieser Unterschied hängt allerdings geschichtlich mit dem Gegensatze der negotia stricti juris und bonae fidei zusammen, indeß haben wir anzuerkennen, daß es sich hier um die Aufstellung eines dogmatischen Dualismus von absolutem Werth handelt. Die Ausbildung des Wechselrechts hat uns auf die theoretische und auch praktische Fruchtbarkeit der Idee der Formalgeschäfte oder abstrakten Obligg. von Neuem hingewiesen. Die abstrakte Obligation gründet sich auf den schlechthin (in der Regel solenn) erklärten Schuldwillen des Schuldners; von einer specialis causa debendi ist ganz abgesehen, und dadurch ist der Obligation ihr einfacher, straffer, expediter Charakter gewahrt; sie hat etwas Schematisches, Generelles an sich, es bedarf zu ihrer Geltendmachung nicht des Anführens und Beweisens des speziellen Geschäftsgrundes, sondern der Schuldner müßte den Mangel jeden vernünftigen Geschäftsgrundes darthun, um sich zu liberiren. Diese einfache Exigibilität ist der praktische Vorzug der abstrakten Obligg., welche aber darin den diskreten Obligg. nachstehen, daß sie nicht leicht individuellen Intentionen dienen und specifischen Bedürfnissen des Lebens Rechnung tragen können. Vergl. Kuntze Wechselrecht, Exkurse §. 36.

Es liegt im Wesen der abstrakten Obligg., daß sie immer streng einseitiger Art sind. Ihre Hauptanwendung finden sie heutzutage im Handelswesen, wo ihr Prinzip das ganze weite Gebiet der Handelspapiere (Wechsel, kaufmännische Verpflichtungsscheine, Partialobligationen u. s. w.) beherrscht. Die Handelspapiere sind der Hauptsache nach abstrakte Scripturobligationen. Vergl. Kuntze in Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsr. Bd. II. S. 586 ff., Bd. VI. S. 17 ff. und Wechselrecht Exkurse §. 37. — Bluntschli Deutsch. Privatr. §. 116.]

Kapitel II.

Von den Gegenständen der obligatio.

§. 212.

1. Vom Geld.

Das Geld ist — zwar nicht seinem Zweck und Begriff gemäß*), aber eben doch der Erfahrung nach — in einer dreifachen

*) l. 1. pr. D. 18. 1. electa materia est, cujus publica et perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis sub-

Beziehung der Veränderung unterworfen, nämlich in Ansehung des Münzfußes oder der Währung, dann des inneren und des äußeren Werths der Münzsorten*).

Unter Münzfuß versteht man das Normalverhältniß für Korn, Schrot und Zahlungswerth einer Münze, also a) wie viel Zusatz von geringerem Metall sie haben darf, und welchen Feingehalt sie haben muß; b) wie schwer jedes Stück seyn muß, nämlich wie viel Stücke derselben Sorte aus einer Mark geschlagen werden dürfen; c) welchen äußeren oder Zahlungswerth jedes solche Stück haben soll, nämlich wie dieser sich verhalten muß zu dem angenommenen Anschlag der feinen Mark. Hätte man stets nur reines Metall zum Ausprägen verwendet, und die geprägten Stücke, wie es wohl am natürlichsten scheinen möchte, blos nach ihrem Gewichte bezeichnet, so könnte es keine Verschiedenheit der Münzfüße geben, indem der materielle Stoff des Geldes überall gleich wäre, und die Quantität desselben in jedem einzelnen Stücke sich unmittelbar aus der äußeren Bezeichnung ergäbe. Nachdem man aber angefangen hatte, die edleren Metalle beim Ausprägen mit einem bald größeren, bald geringeren Zusatze von Kupfer zu vermischen, und nachdem den ausgeprägten Münzen besondere, auf das Gewicht nicht mehr Bezug habende Benennungen beigelegt worden sind, haben die Münzfüße ihre Entstehung erhalten, indem nämlich bald mehr, bald weniger Geldstücke von gleicher Benennung aus einer bestimmten Quantität des reinen Metalls geprägt werden. So findet man in Deutschland einen 18, 20, 21, 24 Gulden-Fuß, worunter verstanden wird, daß aus einer Mark Silber 18, 20, 21 oder 24 Stücke unter der gleichförmigen Benennung eines Guldens geprägt werden sollen, und hierin das Normalverhältniß bestehe, nach welchem auch beim Ausprägen der übrigen Münzsorten zu verfahren ist. Ein Gulden oder ein Thaler kann daher völlig ein anderer seyn, je nach der zum Grund liegenden Währung, und die bloße Bezeichnung Gulden oder Thaler macht ihn nicht wesentlich erkennbar ohne Beifügung des Münzfußes oder der Währung. Nicht damit zu verwechseln ist der innere Werth einer Münze. Darunter versteht man den Metallwerth derselben, welcher nach ihrem Schrot und Korn geschätzt wird. Schrot heißt das Metallgewicht, Korn die rohe Masse,

---

veniret: ea materia, forma publica percussa, usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate.

*) S. vorzüglich Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. I. S. 51. Bd. VII. S. 68. u. 514.

aus welcher die Münze geprägt ist. Diese besteht bekanntlich bei den aus den edlen Metallen, Gold und Silber, geprägten Geldmünzen niemals rein aus diesen, indem sie einen Zusatz von anderem Metall (eine Legirung) erhalten. Silber wird mit Kupfer, Gold mit Silber oder Kupfer, oder beiden legirt. Was nun die zusammengeschmolzene Masse (welche man das Korn nennt) an edlem Metall enhält, nennt man ihren Feingehalt.

Im Gegensatz zu dem inneren Werth der Münzsorten versteht man unter dem äußeren Werth derselben oder dem Nennwerth denjenigen, welchen der Landesherr einem Geldstück beigelegt hat, oder wofür dasselbe gelten soll. Da nun eben durch die landesherrliche Bestimmung das Metallstück zur Münze oder zum Geld wird, so bildet begreiflicher Weise der äußere Werth den wesentlichen Charakter derselben. Dieser äußere Werth wird gewöhnlich durch das Gepräge ausgedrückt, mittels dessen also der Landesherr zu erkennen gibt, in welchem Verhältnisse zum gesetzlichen Münzfuße das damit bezeichnete Metallstück gelten soll. Eine solche besondere gesetzliche Werthsbestimmung ist bei ausländischen Münzen insofern nothwendig, als dieselben ohne eine solche gar nicht als Geld, sondern nur als Waare in Betracht kommen könnten, denn eine Geltung im Inlande können sie nur vom Landesherrn erlangen. Es kommt aber auch bei inländischen Geldmünzen zuweilen der Fall vor, daß sich die Regierung veranlaßt findet, deren äußeren Werth zu erhöhen oder herabzusetzen, indem derselbe im Verhältniß zu ausländischen oder anderen inländischen Münzarten zu gering oder im Verhältniß zu dem inneren Werth zu hoch ausgesagt wurde. Dadurch kann öfter die Frage entstehen, ob der Gläubiger schuldig sey, eine Münze anzunehmen, welche auf dem Sprung steht, devalvirt zu werden, was Schmidt Abhandl. von den Münzsorten §. 142. und 143. verneint. Einen unvermeidlichen Einfluß hat der aus ihrem Schrot und Korn hervorgehende innere Werth der Münzen auf den Gang der im Wechsel- und Waaren-Großhandel entscheidenden Course, wo das Geld als Waare betrachtet wird, folglich geringhaltige Münze nicht auf höhere Geltung steigen kann, als ihr Metallwerth mit sich bringt. Fischer Lehrbegriff d. Cam.- und Pol. R. Bd. III. §. 733. Insofern kann man dem Courswerth nicht, wie Selchow Elem. J. G. §. 474. und Pfeiffer a. a. O. Bd. I. S. 60. eine rechtliche Seite ganz absprechen, sondern nur insofern, als der Courswerth gar oft nur durch zufällige vorübergehende Verhältnisse oder auch durch die Meinung erzeugt wird.

Alles bisher Gesagte ist jedoch nicht auch von der Scheidemünze zu verstehen, welche gar nicht bestimmt ist, einen gewissen Metallwerth zu repräsentiren, sondern nur zur Ausgleichung zu dienen, s. Fr. 4.

Vorstehende Grundbegriffe müssen uns bei Entscheidung folgender Fragen leiten:

1) Ist der Schuldner immer verbunden, die Rückzahlung in denselben Münzsorten, in welchen er das Geld empfangen hat, zu leisten?
2) Wenn die Verbindlichkeit nicht auf eine species, sondern auf Geld in genere gerichtet ist, so fragt sich, was für einen Einfluß eine eingetretene Veränderung des Münzfußes auf die obligatio hat, oder wie die Schuldigkeit aus einer nach dem zur Zeit des Vertrags giltigen Münzfuß eingegangenen Verbindlichkeit zu bestimmen ist, wenn in der Folge ein anderer Münzfuß eingeführt wurde?
3) Ist der Inhalt einer Geldschuld zu verstehen von dem Metallwerth, oder von dem Nennwerth, nämlich von demjenigen, welchen der Urheber des Geldes d. i. der Staat demselben beilegt, oder aber von dem Courswerth der in dem Rechtsgeschäft ausgesprochenen Geldsumme?
4) Wie weit ist der Gläubiger verbunden, Scheidemünze in Zahlung anzunehmen?
5) Wenn für eine schuldige Leistung bestimmte Münzstücke in obligatione sind, z. B. wenn A. bekennt, 100 Louisd'or vorgeliehen erhalten zu haben, und verspricht, dieselben nach vorgängiger Aufkündigung pünktlich zurückzuzahlen: was hat dann der Schuldner zu prästiren, wenn zur Zeit der Rückzahlung solche Münzstücke nicht mehr vorhanden, oder zwar vorhanden, aber in ihrem äußeren Werth herabgesetzt sind?
6) Kann derjenige, welcher geringere Münzen, als er verlangen konnte, angenommen und sich dabei seine Ansprüche nicht vorbehalten hat, das Aufgeld, welches ihm gebührte, noch nachfordern?

Zu 1) Wenn eine gewisse Species von Münzen bei der künftigen Zahlung*) ausdrücklich bedungen ist, so kann ebensowenig

*) Damit ist also der Fall nicht zu verwechseln, wenn im Schuldbrief eine gewisse Münzsorte, in welcher das Darlehn empfangen wurde, beigefügt ist,

eine Münzsorte für die andere, als eine Waare für die andere gegeben werden. Wenn aber auf Geld schlechthin contrahirt ist, so kann die Schuld in jeder landesüblichen Münze abgetragen werden, und es ist darin kein Unterschied abzusehen, ob die Schuld durch ein Darlehn oder durch ein Kaufs- oder anderes Geschäft entstanden ist; Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 231., Koch R. d. F. Bd. I. S. 76 f., Thibaut System §. 659., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 570. Wenn nun aber in einem concreten Fall die Frage entsteht, ob auf gewisse Species oder auf eine Geldsumme contrahirt worden ist, worüber besonders dann Zweifel entstehen mag, wenn der Schuldsumme auch gewisse Geldsorten beigefügt sind, so wird folgendermaßen zu unterscheiden seyn: Habe ich mir 100 Friedrichsd'or stipulirt, so ist die Species Gegenstand des Contracts, und es ändert daran nichts, wenn der Schuldner dabei bekennt, sie vom Darleiher das Stück zu 6 Thaler gerechnet empfangen zu haben, da dieser Beisatz blos demonstrative geschehen ist. Wenn aber der Schuldner bekennt, 600 Thaler mir schuldig zu seyn, welche er in Friedrichsd'or nach dem Cours zu 6 Thaler von mir empfangen habe, so ist eine reine Geldschuld von 600 Thaler contrahirt, und es kommt dabei auf die Münzsorte gar nicht an, s. Koch a. a. O. Bd. I. (2. Ausg.) S. 82.; daher der Schuldner auch in neueren Münzen derselben Art leisten kann, so daß überall nur ihr jetziger gesetzlicher oder gangbarer Werth, also der äußere in Betracht kommt, weil, hingesehen auf diesen, dieselbe Geldsumme, welche man früher vor Augen hatte, und worauf

---

z. B. A. bekennt 100 Thaler in Kronthalern zu 2 Fl. 42 Xr. (nämlich zu dem bei der Darlehns-Aufnahme bestandenen gesetzlichen Werth derselben) empfangen zu haben. Hier geht nicht die Verbindlichkeit eigentlich auf Münzsorten, sondern auf die 100 Thaler, als auf eine bestimmte Geldsumme, welche in jeder zur Zeit der Rückzahlung giltigen Münzsorte, nach dem ihr zu dieser Zeit zukommenden gesetzlichen Werth zurückbezahlt werden kann; denn 100 Thaler bleiben immer 100 Thaler, gleichviel ob sie in Kronthalern oder in Ducaten ausbezahlt werden. — Eine besondere Beurtheilung erheischt der Fall, wenn die Angabe einer Münzsorte neben der Geldsumme zur näheren Bestimmung dieser selbst geschieht, z. B. die schuldige Geldsumme ist nach Thalern in Gold oder in Louisd'or ohne weitere Werthangabe bestimmt. Nun ist der Thaler in Gold, da der Louisd'or 5 Thlr. repräsentirt, aber im inneren und äußeren Werth mehr als 5 Silberthaler beträgt, offenbar ein anderer Thaler, als ein Silberthaler. Es ist daher jener und nicht dieser in obligatione. So gibt es ja auch verschiedene Gulden, z. B. zu 60 Kreuzern, zu 16 gGr. u. a. m.; Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. I. S. 70. §. 10., Koch R. d. F. Bd. I. (2. Ausg.) S. 82.

es allein ankommt, bezahlt wird; Sintenis Civilr. Bd. II. Anm. 56 u. 63., Seuffert's Archiv VII. S. 27.

Man kann sich auch den Fall denken, daß bei einem Darlehn die Münzen dem Entnehmer zu einem anderen als dem gesetzlichen oder gangbaren Werth angerechnet worden sind; z. B. der Darleiher hatte eben nur 20 Xr. Stücke; da diese aber so gesucht waren, daß er 21 Xr. pro Stück hätte bekommen können, so rechnete er sie dem Capital-Entnehmer auch zu diesem Preise auf. — In der Folge wurden aber diese Münzen auf 18 Xr. herabgesetzt. In diesem besonderen Fall müßte man wohl dahin entscheiden, daß die Paciscenten die Proportion ihrer Convention zum nunmehrigen gesetzlichen Werth an die Stelle der früheren zu setzen haben, nach der Formel 20 Xr. : 21 Xr. = 18 Xr. : X.

Zu 2) Hier sind die in alter Währung bestimmten Summen auf neue Währung zurückzuführen; z. B. wenn Jemand 24 Gulden schuldig geworden ist zu einer Zeit, wo 24 Gulden auf die feine Mark gingen, so beträgt diese Summe $24\frac{1}{2}$ Gulden, wenn nun $24\frac{1}{2}$ Gulden aus der feinen Mark geprägt werden; s. Puchta Pand. §. 38. Anm. e., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 232. Entstand eine Schuld von 100 Thalern zu einer Zeit, wo der 18 Guldenfuß angenommen war, und es soll, nachdem der 21 Guldenfuß eingeführt worden, der Inhalt dieser Geldschuld bestimmt werden, so ist es klar, daß, wenn man denselben auf 100 Thaler nach dem neuen Münzfuß beschränken wollte, der Gegenstand der Verbindlichkeit um $\frac{1}{7}$ vermindert werden würde. Nur mit 100 Thalern im 18 Guldenfuße geschähe der übernommenen Verbindlichkeit Genüge, es muß daher, wenn die schuldige Summe nach Thalern in dem nun geltenden 21Guldenfuß bestimmt werden soll, eine Abschätzung derselben im Verhältniß zu jenem Münzfuß (Evalvation) nothwendig vorausgehen, mittels deren die Schuld auf $115\frac{2}{3}$ Thaler sich erhöhen würde; Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. I. S. 65. Ebenso gilt im Fall eingetretener Besserung des Münzfußes der Grundsatz: reductionem sortis ferre debet creditor, si in meliori moneta ei solvitur, quam ea fuit, quae soluta fuit debitori, nisi aliud est conventum; Walch Controv. jur. civ. pag. 509. §. 9., Cocceji jus controv. Lib. 46. tit. 3. qu. 5., Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. II. §. 4., J. L. Schmidt Abh. von den Münzsorten, in welchen eine Geldschuld abzutragen, cap. III. §. 244. Daß aber auf das Verhältniß, in welchem die groben Münzsorten zur Zeit des geschlossenen Contracts zur Scheidemünze des Landes gestanden sind, durchaus nichts ankomme, ist un-

zweifelhaft; Schmidt hinterl. Abhandl. verschied. Rechtsmaterien Bd. II. S. 91.

Der Unterschied besteht also blos darin, daß nun die Ausdrücke Gulden oder Thaler etwas Anderes bedeuten, als vorher. Der Uebergang vom schwereren zu einem leichteren Zinsfuß wird gewöhnlich durch die Wahrnehmung veranlaßt, daß sich in das umlaufende Geld unvermerkt vieles eingemischt hatte, welches geringhaltiger ist, als nach dem gesetzlich geltenden Münzfuß. Dann konnte es aber doch im Cours nicht den ihm beigelegten Werth behaupten, und sonach wird die Differenz unbedeutend.

Zu 3) Bekanntlich können dem Geld dreierlei Werthe beigelegt werden; der Metallwerth, der Nennwerth und der Courswerth. Fragt man nun, welcher als Grundlage der Rechtsregeln zu gelten habe, so gehen die Meinungen der Rechtslehrer aber auch in der dreifachen verschiedenen Richtung auseinander. Um das Wahre zu finden, muß uns hier ein einfacher Ueberblick genügen.

a) Der Metallwerth kann schon deswegen nicht zu einer allgemeinen Grundlage dienen, weil er bei dem überhand genommenen Papiergeld gar nicht, sondern nur beim Metallgeld, aber auch da eigentlich nur beim Darlehn, in Anwendung gebracht werden kann. Der Metallwerth wird übrigens bei einem geordneten normalen Geldwesen von selbst mit dem Courswerth gleich stehen, und dann kann kein Rechtsstreit vorkommen.

b) Der Ausspruch des Münzherrn über den Nennwerth kann die Richter nur binden, wenn er wahr ist, und dann gibt es wieder keinen Streit. Wird er aber durch Zwang durchgeführt, so ist es mit der Frage über das Recht ganz vorbei, die Unhaltbarkeit und Gemeinschädlichkeit eines Zwangscourses*) ist jedoch erprobt genug, um die Gesetzgeber davor zu warnen.

c) Es bleibt uns daher nur der Courswerth als der wahre Maßstab für den Inhalt einer Geldschuld übrig. Wenn also z. B. in Oesterreich ein Darlehn von 100 Fl. in alten Banknoten gegeben wurde zu einer Zeit, in welcher dieses Papiergeld dem Silbergeld gleich stand, nun aber zurückgezahlt werden soll zu einer Zeit, wo die Banknoten (noch ohne gesetzliche Einwirkung) auf den 4. Theil ihres damaligen Werths gesunken waren, so muß eine Summe von 400 Fl. solcher Banknoten zurückgezahlt werden, damit der Darleiher durch die Rückzahlung so viel an

* [Vergl. dazu Kuntze Lehre v. d. Inhaberpapieren, §. 101.]

reinem Silber wieder erhalte, als er dem Schuldner ursprünglich durch das gegebene Darlehn verschafft hatte. Bei einem geregelten und normalen Geldwesen kann so etwas glücklicherweise nicht vorkommen, sondern der innere und äußere Werth des Geldes, der Nennwerth und Courswerth, werden das Gleichgewicht nicht so sehr verlieren, bei einem zerrütteten aber kann eben deshalb die Wahrheit nur im Courswerth gefunden werden; s. v. Savigny Obl.-R. Bd. I. S. 442., Koch R. d. Ford. Bd. I. §. 6—8., Hufeland über die rechtl. Natur der Geldschulden, Berlin 1851. Abweichende Meinungen s. Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. I. no. 7. §. 4. 6. 8., Puchta Vorles. §. 38., welcher aber blos auf die Veränderungen des Münzfußes Rücksicht nimmt.

Zu 4) Der wahre Grundsatz hierüber ist bereits in dem Gesetz über die Münzverfassung in den Preußischen Staaten vom 30. September 1821. §. 7. enthalten: „Zahlungen, die mit ganzen, Drittel- und Sechstel-Thalerstücken geleistet werden können, ist Niemand verpflichtet, in Silbergroschen anzunehmen." Dasselbe Princip ist in der allgemeinen Münzconvention der zum Zoll- und Handelsverein verbundenen Staaten vom 30. Juli 1838. Art. 12. aufgestellt: Sämmtliche Staaten werden nach Thunlichkeit darauf hinwirken, daß die gegenwärtig in Umlauf befindliche Scheidemünze auf jenes Maß zurückgeführt und sodann Niemand genöthigt werde, eine Zahlung, welche den Werth der kleinsten groben Münze erreicht, in Scheidemünze anzunehmen; Emminghaus Corpus juris germanici S. 897. Nur annähernd sind die Bestimmungen des Preuß. allgem. Landr. Th. I. Tit. 11. §. 780. Tit. 16. §. 77. und der Reichsmünzordn. v. J. 1559. §. 11., dann des Reichsabschieds v. J. 1576. §. 76., wonach derjenige, welcher ein Capital zu zahlen hat, nicht mehr als 25 Fl. (oder $58^{44}/_{57}$ Fl. nach dem 24 Guldenfuß)*) kleine Münze

*) Thibaut System §. 659. not. p. (Ed. 8.), v. Vangerow Pand. Bd. III. S. 32., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 85. Anm. 18. Zwar nach Glück's Berechnung im P.-C. Thl. XII. S. 67. betrüge die Reduction $44^{4}/_{9}$ Fl., indem er den Münzfuß von 1576 auf 9 Fl. und den gegenwärtigen auf 16 Fl. annimmt: allein dies ist irrig, indem ein Münzfuß zu 16 Fl. in der neuesten Zeit gar nicht, sondern nur der Conventionsfuß von 16 Thlr. = 24 Fl. existirt hat. Die obige richtigere Berechnung gründet sich darauf, daß nach der neuen Münzordnung v. J. 1559 auf die feine Mark 10 Fl. 13 Xr. (nach Klüber a. a. O. §. 425. 10 Fl. $13^{1}/_{2}$ Xr.) gehen, wonach ungefähr 19 Fl. im 24 Fl. Fuß herauskommt. Indessen ist es mit allen dergleichen Reductionsversuchen etwas sehr Mißliches, indem im Münzwesen gar regellose Willkür

zur Zahlung bringen soll, worauf jedoch in einem neueren Münzreceß der drei correspondirenden Kreise v. J. 1705. in Regensburg die Abänderung folgte, daß, wenn sich die Forderungen über hundert Gulden belaufen würden, der Gläubiger an Scheidemünze mehr nicht als den 20. Theil anzunehmen schuldig seyn solle.

Zu 5) Hier unterliegt der im Allgemeinen zur Richtschnur dienende Grundsatz: ut ejusdem generis et eadem bonitate solvatur, qua datum sit, l. 3. D. 12. 1. in seiner Anwendung keiner Schwierigkeit. Der Schuldner ist verbunden, dieselbe Stückzahl in derselben Münzsorte zu restituiren, welche er empfangen hat, und eine etwa in Ansehung ihres äußeren Werths in der Zwischenzeit eingetretene Veränderung kommt nicht in Betracht. Wenn aber dieselbe Münzsorte entweder gar nicht mehr oder nur mit außerordentlichen Schwierigkeiten und Kosten aufzutreiben wäre, so kann der Schuldner auch andere jetzt gangbare Münzsorten als Aequivalent geben, besonders wenn der Gläubiger kein vernünftiges Interesse dabei hat, gerade die nämlichen Münzsorten wieder zu bekommen. Dann versteht es sich aber auch von selbst, daß der Schuldner denselben inneren oder Metallwerth gewähren muß, welchen die dargeliehenen Stücke zur Zeit des Darlehns hatten; l. 71. §. 3. D. de leg. I. (30.) — l. 14. §. 2. D. de leg. III. (32.), Leyser Med. ad Pand. Vol. VII. Sp. 529. med. 21., Struben rechtliche Bed. Th. II. no. 22., Pfeiffer a. a. O. §. 9., Koch a. a. O. Bd. I. S. 80., Göschen Vorles. über d. Civilr. Bd. II. §. 385. [Vergl. auch A. D. Hand.-Gesetzb. Art. 336. im 2. Abs.]

Zu 6) Nach allgemeinen Grundsätzen findet eine Nachforderung nicht statt, arg. l. 13. D. 22. 1. — l. 47. D. 44. 7., Carpzov Jurispr. for. P. II. c. 28. d. 10., sowie auch umgekehrt der Schuldner, welcher wissentlich ohne Vorbehalt einer Vergütung in besseren Münzsorten, als er verbunden war, zahlte, das ihm zuständige Aufgeld nicht zurückfordern kann; Hommel Rhaps. Vol. I. obs. 219. u. 222., Schmidt Abh. v. d. Münzsorten §. 90.

---

herrschte, und auch die Scheidemünze nicht nach dem Münzfuß zu 10⅕ Fl. ausgeprägt wurde; s. §. 7. 8. 9. d. Münzordn. v. 1559. Man hat ja auch in anderen Fällen nicht an einen Reductionsversuch dieser Art gedacht, z. B. bei der summa appellabilis, und bei Berechnung des solidus, welcher sich auf 6 Fl. 40 Xr. berechnen würde, dagegen man doch bei der im Kammergericht hergebrachten Berechnung, den Ducaten zu 4 Fl., geblieben ist; Höpfner Inst. S. 437.

§. 213.

2. Von Zinsen.

Dig. XXII. 1. de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora. Cod. IV. 32. de usuris. Cod. VII. 54. de usuris rei judicatae. Cod. VI. 47. de usuris et fructibus legatorum et fideicommissorum. Cod. V. 56. de usuris pupillaribus. Nov. 33. 34. 106. und die nicht glossirten Nov. 32. 121. 138. Paul. sent. II. 14.

a) Entstehungsgründe.

Der Begriff von Zinsen als einer Entschädigung für den entbehrten oder Wiedervergeltung für den dem Andern widerrechtlich entzogenen Gebrauchswerth fungibler*) Sachen leitet von selbst zu den Entstehungsgründen derselben, welche entweder aus besonderen Willenshandlungen oder unmittelbar aus Rechtsvorschriften**) fließen.

1) Insofern nun ein hauptsächlicher Entstehungsgrund der Zinsen in Willenshandlungen liegt, fragt es sich: ob auch stillschweigende Einwilligung hierzu zuweilen angenommen werden darf? ferner a) welche Wirkung einer längere Zeit fortgesetzten Zinszahlung beizulegen sey, wenn die Verpflichtung zu derselben, oder auch die Existenz einer Hauptschuld geleugnet wird? b) wenn der Gläubiger lange Zeit die ihm gebührenden Zinsen nicht gefordert, oder sich eine Zeitlang mit geringeren Zinsen begnügt hat, als er rechtlich fordern konnte, sind im ersten Fall die Zinsen überhaupt, oder ist im zweiten Fall der Mehrbetrag als erlassen anzunehmen?

*) Zum Unterschied vom Miethgeld, welches für den Gebrauch einer nicht fungiblen Sache, oder für geleistete Dienste entrichtet wird.

**) Von dieser Art sind: Verzugszinsen, Zinsen aus einem rückständigen Kaufgeld, nachdem der Käufer schon in den Besitz und Genuß der gekauften Sache gesetzt worden ist, Zinsen wegen unbefugter Verwendung fremder oder gemeinschaftlicher Gelder zu eigenem Nutzen, oder wegen Nachlässigkeit in Eintreibung oder nutzbarer Anlegung anvertrauten oder in Verwaltung übernommenen fremden Guts. Ueber die Lehre von den gesetzlichen Zinsen s. vorzüglich v. Buchholtz jurist. Abhandl. S. 290 ff., Weber Versuche über d. Civilr. no. III., Glück Thl. XXI. §. 1130. Hierher gehören auch die Zinsen aus Legaten zu Gunsten frommer Stiftungen, wenn sie der Onerirte nicht binnen 6 Monaten nach Eröffnung des Testaments entrichtet hat Nov. 131. c. 12., aus dem Heirathsgut, wenn es dem Ehemann, welchem es versprochen war, nicht binnen zwei Jahren nach Eingehung der Ehe ausgezahlt wurde l. 31. §. 2. C. 5. 12., und aus nützlicher Geldverwendung zum Vortheil eines Andern; Thibaut System §. 192. (Ed. 8.)

2) Bekanntlich ist der Käufer vom Tag der Uebergabe der verkauften Sache an das Kaufgeld dem Verkäufer zu verzinsen schuldig, insofern ihm nicht auf Credit verkauft worden ist, denn er kann rem und pretium zugleich nicht mit Recht besitzen l. 13. §. 20. D. 19. 1. – l. 18. §. 1. D. 22. 1. — l. 5. C. 4. 49. — l. 2. C. 4. 32.; wie aber, wenn der Verkäufer erst in der Folge dem Käufer Credit gegeben hat?

3) Kann der Käufer auch dann zur Verzinsung des Kaufgeldes angehalten werden, wenn er mit Evictionsansprüchen bedroht ist, oder wenn ein hinzugefügter modus bis zum Zahlungstag noch nicht erfüllt ist, oder wenn er mit dem Verkäufer in einen Rechtsstreit geräth?

4) Von welcher Zeit an sind Kaufleute von Nichtkaufleuten für an diese abgegebene Waaren Zinsen aus dem Kaufpreis zu fordern berechtigt?

5) Können Zinsen wegen ihrer rein accessorischen Natur nie anders als mit der Hauptschuld eingeklagt werden? können sie insbesondere nicht nachgefordert werden, wenn der Richter sie im Erkenntniß mit Stillschweigen übergangen hat, oder wenn der Gläubiger die Hauptschuld ohne Vorbehalt angenommen hat?

6) Hat die an einen suspecten Vormund geleistete Zahlung die Wirkung, den Schuldner zu liberiren, und dadurch den Zinsenlauf aufzuheben?

7) Können Zinsen zurückgefordert werden, welche aus Irrthum von einem unverzinslichen Kapital gezahlt worden sind?

Anmerkung: a) über die Frage: ob in der Cession eines Capitals auch die daraus rückständigen Zinsen als inbegriffen zu erachten seyen? s. folg. Kap. III. §. 223. lit. c. Fr. 6.

b) In Ansehung des Privilegs der Minderjährigen, daß ihre Forderungen mit der Fälligkeit auch sogleich (re ipsa) verzinslich werden, kann gefragt werden: 1) da in den betreffenden Gesetzstellen l. 26. §. 1. D. 40. 5. — l. 87. §. 1. D. de leg. II. (31.) — l. 3. C. 2. 41. dieses auch in l. 5. C. 4. 49. berührte Privileg nur für bonae fidei contractus et fideicommissa et legata ausgesprochen ist, welche daher unabhängig vom Zeitpunkt der Erbschaftsantretung gleich vom Todestag des Testators an verzinst werden müssen (s. Glück Thl. XXI. S. 47.): kann dasselbe h. z. T. für jede

Art der Forderungen (bedingte und betagte natürlich ausgenommen) von den Minderjährigen geltend gemacht werden? Daß h. z. T. kein Unterschied mehr zwischen bonae fidei und stricti juris obligat. zu machen sey, ist wohl unbestreitbar; vergl. Hufnagel Mittheil. H. I. no. 5., Erk. d. O.=A.=G. zu Jena in Seuffert's Archiv VII. S. 12. Wohl aber läßt sich gegen Madai v. d. mora §. 26. behaupten, daß das Privileg sich nur auf Geldforderungen der Minderjährigen beziehe; s. Mommsen Beitr. z. Obl.=R. II. S. 122. Auch wird der Zinsenlauf sistirt, sowie der minderjährige Gläubiger die Volljährigkeit erreicht hat; l. 87. §. 1. D. de legat. II. (31.) Der Kirche räumt man häufig das gleiche Privileg ein bezüglich Clem. 2. §. 1. de relig. dom. 3. 2. — Reichspolizei=Ordn. Tit. 22. §. 4. Sie soll demnach vom Abschluß der Rechnung an vom Passiv=Rest des Rechners Zinsen fordern können, wenngleich dieser umgekehrt aus seinem Activ=Rest oder Guthaben nicht zu Zinsen berechtigt ist; s. Erkenntn. d. Cassations= und Revisionshofs zu Berlin in Volkmar Jurisprudenz S. 153. Dem steht aber ein wichtiges Bedenken entgegen; denn daraus, daß den Kirchen, gleich den Minderjährigen die Restitutionswohlthat ertheilt ist, c. 3. X. de in integr. rest. (1. 12.), folgt noch nicht, daß denselben auch das ausdrücklich auf den favor minoris aetatis und selbst licet nulla mora intercesserit gegründete Zinsen=Privileg der Minderjährigen, l. 5. C. 4. 49. zukomme; s. Madai a. a. O. Die Kirchen können daher wohl nur auf die den piis causis in Nov. 131. c. 12. gewidmete Fürsorge, womit auch die restituirte l. 46. §. 4. C. 1. 3. übereinstimmt, Anspruch machen, s. Mommsen a. a. O. S. 123. u. 128.

Zu 1) Nach der Nov. 136. c. 4. versteht sich die Zinsverbindlichkeit stillschweigend, wenn Jemand von einem öffentlichen Leihhaus, oder von dem Vorsteher eines Wechslergeschäfts Geld aufnimmt. Streitig war sonst, ob auch bei Wechseln die Zinsverbindlichkeit von selbst anzunehmen sey, s. Glück Thl. XXI. S. 39.; ein zureichender Grund für diese von Einigen angenommene Ausdehnung, v. Moshamm Wechselr. §. 113., Ayrer D. de arbitrio judicis circa usuras pecuniae mutuatitiae. §. 27. ist aber wohl nicht aufzufinden; s. Püttmann Grundſ. d. Wechselr. §. 18., Siegel Einl. zum Wechselr. Th. I. Kap. I. §. 11.

Zu a) ist die irrige Meinung Einiger, als ob aus 10jähriger Verzinsung eines an sich unstreitigen Capitals die Verpflichtung entstehe, ferner diese Zinsen zu zahlen, von welcher sich Thibaut auch noch in der 8. Ausg. s. Systems d. P.=R. §. 192. noch nicht völlig losreißen konnte, s. auch die 9. Ausg. von v. Buchholtz §. 171., ferner Leyser Sp. 243. med. 7. u. 8., Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 194. von Andern bereits genügend widerlegt, und mit Recht von der großen Anzahl der in Glück Thl. XXI. S. 50. Anm. 75. angeführten Rechtsgelehrten verworfen; s. auch Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. §. 266., Seuffert Beitr. zur Gesetzg. S. 96., Kapff merkw. Civilrechtssprüche Bd. I. S. 398. Die Gesetze wissen von Verjährung als Entstehungsgrund von Obligationen durchaus nichts, und können einen solchen unmöglich statuiren, da kein eigentlicher Besitz an Obligationen und also auch ein Rechtserwerb durch fortgesetzten Besitz sich nicht denken läßt. Man kann daher wohl nicht der Meinung Gesterding's Alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten no. I. beistimmen, welcher den Grund zur fraglichen Verbindlichkeit in einer Verjährung sucht, von welcher doch in der von ihm angeführten l. 1. C. 6. 42. keine Spur zu finden ist. Auch in der dafür angeführten l. 6. pr. D. 22. 1. ist keine Spur davon zu finden, daß durch longum tempus eine obligatio zur Zins=Prästation begründet werde.*) Im Gegentheil sagen die Gesetze ausdrücklich, daß aus mehrmaliger Leistung noch keine obligatio entspringe; l. 28. C. 2. 3. — l. 7. C. 4. 32. — l. 31. D. 38. 1. Man kann daher auch nicht, wie Einige dafür halten, Müller civil. Abhandl. S. 233. eine conventio tacita darin für begründet erkennen; s. dagegen Fritz Erl. zu Wening Bd. III. S. 35., Keller in Sell's Jahrb. Bd. III. S. 174. Es ist demnach der schon bei den älteren Rechtsgelehrten (s. die Citate in Glück Thl. XXI. S. 51. Anm. 75.) vorherrschenden Meinung dahin zu folgen: daß in der längere Zeit hindurch fortgesetzten Zinszahlung kein Grund zu einer Verpflichtung, sondern nur eine Vermuthung für die Existenz einer solchen, und da die Verbindlichkeit zu Zinsen nicht ohne eine Hauptverbindlichkeit denkbar ist, auch eine Vermuthung für das Bestehen

---

*) Unmöglich kann man auch die l. 20. C. 11. 47. hierher ziehen, welche den Colon mit der Anmaßung des freien Eigenthums aus dem Grund zurückweist, weil ihm die vieljährige Prästation der mit dem Colonat verbundenen Abgaben entgegen stand; Glück Thl. XXI. S. 56. Hier handelte es sich gerade umgekehrt um Befreiung von einer Reallast, und nicht um Entstehung einer obligatio aus Leistungen.

der letzteren liege, immer jedoch die Rechtsvermuthung durch entsprechendes Sachverhältniß unterstützt seyn müsse; s. Sintenis Civilr. Bd. II. §. 87. Anm. 4. Das nudum factum der Zinszahlung kann den Richter nicht schon, wie Schilling Lehrb. f. Instit. Bd. III. S. 108. behauptet, berechtigen, den Schuldner zur ferneren Zinszahlung zu verurtheilen. Denn, wenngleich hierbei schon l. 25. D. 22. 3. zu Statten kommt: praesumtio pro eo est, qui accepit — qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet et indebitas effundet, so erfordert doch die Vermuthung einer so speciellen Verbindlichkeit auch specielle factische Anhaltspunkte; Sintenis a. a. O. §. 87. Anm. 4. — Die l. 6. pr. D. 22. 1. behandelt zwei verschiedene Fälle, in welchen sich das Princip genugsam erkennbar macht. Zuerst im prooem. „Gegen den Erben des Vaters wurde wegen der in seinem Nutzen verwendeten Gelder Klage erhoben und dabei ein Zinsenanspruch angeregt; darauf erkannte der Kaiser: die Zinsen seyen deswegen zu bezahlen, weil sie der Vater lange Zeit bezahlt hatte." Ferner in §. 1. ibid. „Athenagoras hatte seiner Tochter das Heirathsgut nicht gleich ausgezahlt, sondern die Zinsen einer dazu bestimmten Summe zur Bestreitung ihres Unterhalts entrichtet. Indessen wurde das Vermögen des Athenagoras confiscirt, und die Tochter verlangte nun vom fiscus aus dem eingezogenen Vermögen ein Heirathsgut von 1,000,000 Sesterzien,*) welches auch der Kaiser ihr auszahlen ließ, weil sie behaupten konnte, das Heirathsgut von ihrem Vater verzinst erhalten zu haben." — Betrachten wir diese zweierlei Fälle, so finden wir: im ersten Fall wurde der Anspruch auf Zinsen gegen den Erben des Schuldners für gegründet erkannt, weil der Erblasser sie lange Zeit entrichtet hatte. Ein positivrechtlicher Verpflichtungsgrund zu Zinsen war zwar nicht vorhanden (denn die act. de in rem verso geht auf Zinsen anders nicht, als wenn sie ausbedungen worden sind, l. 10. §. 5. D. 15. 3.), aber doch ein augenfälliger Billigkeitsgrund, für welchen sich der auch den Erben bindende Wille des Verstorbenen durch die fortwährende That entschieden hatte.**) Im zweiten galt der Rück-

---

*) Damals die gewöhnliche Summe, ritu antiquo; Glück a. a. O. S. 55. und die Citate in Anm. 82.

**) So auch in einem in Kapff merkw. Civilrechtssprüche Bd. I. S. 398. von der Tübinger Juristenfacultät entschiedenen Fall, wo aus einem unbestrittenen Darlehn, ohne daß in der Obligation eine Zinsenstipulation ausgedrückt war, mehrere Jahre hindurch vom Schuldner gewisse gleichförmige Zinsen bezahlt worden waren. Wenngleich Conventionalzinsen nicht erweislich waren

schluß von geleisteter Verzinsung auf das Bestehen einer Hauptschuld; zwar die factische Contrahirung, nämlich die constitutio dotis war nicht erwiesen, aber die Dotalverbindlichkeit des Vaters gegen seine Tochter war doch schon vermöge der Gesetze vorhanden. In beiden Fällen also mußten die begleitenden Umstände die Präsumtion unterstützen, dort für eine bestehende und mithin auch fortwährende Verzinslichkeit aus langjähriger Zinszahlung, hier für das Bestehen einer Hauptschuld aus deren unbestrittener Verzinsung. Dabei ist nur noch zu bemerken: aa) die auf solche Weise begründete Rechtsvermuthung schließt möglichen Gegenbeweis nicht aus; Glück a. a. O. S. 75. und die Citate in Anm. 27., Gesterding Irrthümer der Rechtsgelehrten no. 1. S. 9., Müller a. a. O. S. 234., Sintenis a. a. O., Becker Samml. merkw. Rechtsfälle Bd. III. S. 585. — bb) Die Meinung Mehrerer, als sey im ersten Fall eine Zeit von 10 Jahren als tempus longum erforderlich, s. Leyser med. Vol. IV. Sp. 243. Med. 8. Vol. V. Sp. 304. med. 9., Hommel Rhaps. Vol. I. obs. 221. no. 8. beruht wohl nur auf der, wie oben bemerkt, unzulässigen Verwechselung mit der Verjährungslehre. Richtiger lassen Andere hierüber das vernünftige Ermessen des Richters entscheiden, und dahin geht auch, wie Thibaut über Besitz und Verjährung S. 165. anführt, die Meinung der meisten Rechtsgelehrten; Struben rechtl. Bed. Bd. I. no. 168., v. Hartitzsch Entscheid. no. 497., Glück Thl. XXI. S. 68., Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. §. 266., Kritz Abhandl. über ausgewählte Materien d. Civilr. S. 60., Fritz a. a. O. S. 35. In Sachsen hat auch bereits der Gerichtsbrauch dafür entschieden; s. Erk. d. O.-A.-G. zu Dresden in Seuffert's Archiv VI. S. 218. Die Ausdrücke in den einschlägigen Gesetzesstellen per certos annos, per multos annos, per certum tempus deuten doch wohl darauf hin, daß das Gesetz kein tempus definitum beabsichtete. Die Analogie der l. 1. C. de fideic. (6. 42.) si probaveris — per multum temporis i. e. non minus in tali causa, triennio, ea praestitisse etc. macht es wohl unbedenklich, schon eine 3jährige Wiederholung der Leistung und Annahme als genügend anzunehmen.

Zu b) Gegen denjenigen Gläubiger, welcher lange Zeit hindurch ausbedungene Zinsen nicht gefordert hat, die Vermuthung eines Er-

---

so war ein Grund zur Verzinsung doch allerdings vorhanden, weil nicht leicht Jemand den Genuß einer beträchtlichen Summe Geldes auf längere Zeit hinzugeben, und sich des Vortheils unentgeltlich zu entäußern pflegt, und dieser Grund war durch thatsächliche Einwilligung anerkannt; s. auch Huber Praelect. jur. civ. Lib. 22. tit. 1. §. 13.

lasses auszusprechen, ist gewiß bedenklich. Die l. 17. §. 1. D. 22. 1. statuirt dieses nur in einem besonderen Fall, in Ansehung der usurae praeteritae, quas omisisse te longi temporis intervallum indicat, qui eas a debitore tuo, ut gratior apud eum videlicet esses, petendas non putasti. Hieraus läßt sich eine allgemeine Regel nicht ableiten. Seuffert's Archiv XIV. No. 110. Auch l. 54. D. 24. 1. enthält nur einen besonderen Fall. Daß aber gegen denjenigen Gläubiger, welcher, während er höhere Zinsen fordern konnte, geringere eine geraume Zeit hindurch angenommen hat, der Erlaß des ausbedungenen höheren Zinses vermuthet werde, unterliegt keinem Zweifel. Diese Rechtsvermuthung muß sich nicht nur der Erbe des Gläubigers, sondern auch der Gläubiger selbst gefallen lassen, l. 13. pr. D. 22. 1. — l. 5. l. 8. C. 4. 32., auch kann der Sinn und Inhalt dieser Gesetze nicht, wie in Gesterding's Irrthümern der Rechtsgelehrten S. 14. behauptet wird, blos auf Erlaß der vergangenen Zinsen beschränkt werden; Braun Erörter. zu Thibaut §. 288., Baumann D. ad leg. 13. de usuris. Lips. 1827., Voet Comm. ad Pand. Lib. 22. tit. 1. §. 14.

Zu 2) Einige halten dafür, daß dadurch das dem Verkäufer von Anfang an zuständig gewesene Recht nicht als aufgegeben zu erachten sey; Stryck Us. mod. Pand. Lib. 22. tit. 1. §. 9., Brunnemann ad l. 2. de usur. Cent. I. Dec. 60. Dagegen läßt sich aber einwenden, wenn der Verkäufer sich bei der nachfolgenden Creditgebung nicht der Zinsen halber prospicirt, wenn er also unbedingt creditirt hat, so kann er ein Recht nicht ansprechen, welches er nur außer dem Fall der Creditgebung gehabt hätte. Volenti non fit injuria; Koch R. d. Ford. Bd. I. §. 10. S. 108 (der 2. Ausg.).

Zu 3) Es ist wohl zu beachten, daß der Grund der fraglichen Zinsverbindlichkeit nicht in einer mora liegt, daher kann der Käufer in allen bemerkten Fällen sich nur durch Deposition des Kaufgeldes — wobei indessen gewöhnlich nicht die bloße Oblation, sondern nur der wirkliche Act der Deposition als wirksam angesehen wird, Voet Comm. ad Pand. Lib. 22. tit. 1. no. 17. — von der Verbindlichkeit zu Zinsen befreien; s. Glück Thl. XVI. S. 140., Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. §. 349. Anm. aa., Koch a. a. O. Bd. I. S. 106., Weber Versuche no. III. §. 7., Leyser Sp. 211. med. 3. Seuffert's Archiv XIII. No. 213. Umgekehrt kann auch der Käufer, wenn ihm die Sache evincirt worden ist, nicht nur das Kaufgeld zurückfordern, sondern auch die Zinsen desselben in Anspruch nehmen; Voet l. c. no. 12. u. 18. Wenn der bereits bezahlte Verkäufer die Tradition verzögert, so gebühren dem Käufer die Zinsen des bereits bezahlten Kaufgeldes;

verzögert aber der Käufer die Uebernahme, so ist billig, dem Verkäufer die Wahl zu lassen, ob er dem Käufer landübliche Zinsen zahlen, oder die gezogenen Nutzungen, bei deren Gewinnung er wegen der mora des Käufers nur für culpa lata haftet, nach einer zu legenden Rechnung herausgeben will; Koch a. a. O. Bd. I. S. 113., Weber Versuche üb. d. Civilr. S. 252.

Zu 4) Man findet zwar auch da von den Rechtsgelehrten den Grundsatz angewendet, daß der Käufer von Zeit der Uebergabe der Waare das Kaufgeld zu verzinsen habe, Berger Oecon. jur. pag. 759., Walch Controv. j. c. pag. 601. §. 13., Glück Thl. XVI. §. 986. S. 142., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 116. Anm. 47., allein praktisch ist dies gewiß nicht, den Fall ausgenommen, da ausdrücklich per Contant verkauft worden ist. Ein altes Herkommen scheint dafür zu sprechen, daß in den Fällen, wo nicht Zug um Zug gehandelt wurde, also beim stillschweigenden Kauf auf Borg das Interusurium auf ein Jahr aufgeschlagen zu werden pflegt, mithin erst nach Ablauf dieses sogen. Creditjahres Zinsen gefordert werden können; Leyser Sp. 211. med. 7., Pufendorf Obs. T. IV. obs. 151., Runde Beitr. Bd. I. no. 6., Fresenius Meditat. f. Rechtsgelehrte Bd. II. no. 4. So ist, wenn der Hopfenhändler Quantitäten Hopfen an eine Brauerei verkauft, gewöhnlich stillschweigender Credit bis zum nächsten Sudjahr, und bei Waarenkäufen auf Messen bis zur nächsten Messe gemeingebräuchlich; s. Fresenius a. a. O. Eine Spur solchen Herkommens findet sich schon in einem Preußischen Edict v. 21. Novbr. 1712, wonach den Kaufleuten gestattet ist, Zinsen nach Ablauf eines Jahres nach der Uebergabe zu fordern, was auch in das Preuß. allgem. Landr. Thl. II. Tit. 8. §. 685—689. mit einiger Modification übergegangen ist; Koch a. a. O. Bd. I. S. 105. In Sachsen wurde durch eine Decision v. J. 1746 eine 6monatliche Frist bestimmt. Wo es an Landesordnungen oder bestimmten Herkommen über diesen Gegenstand mangelt, da dürfte wohl in den Fällen, wo keine Zahlungszeit festgesetzt ist, eine Zinsverbindlichkeit erst dann eintreten, wenn der Debent durch Zusendung der Rechnung, s. Thöl Handelsr. Bd. I. §. 65., Erk. d. O.=A.=G. zu Darmstadt in Seuffert's Archiv Bd. VII. S. 360., oder durch Zahlungsaufforderung in moram versetzt worden ist; Brunnemann l. c., Struben rechtl. Bed. Thl. III. Bed. 31., Wernher Obs. for. T. II. P. VI. obs. 427., Hofacker Princ. jur. civ. Tom. III. §. 1934. not. f. Auch scheint nicht gerade eine gerichtliche Interpellation, wie Berger l. c. und Voet l. c. Lib. 22. tit. 1. no. 11. 12. u. 17. statuiren, nothwendig, sondern auch eine außer=

gerichtliche hinlänglich; Leyser Sp. 211. med. 7., Struben a. a. O. Man könnte vielleicht zwar dagegen einwenden: daraus, daß der Kaufmann die Waaren abgibt, ohne zugleich die Zahlung zu verlangen, folge noch keine stillschweigende Creditgebung; allein wenn dies gleich in der Regel wahr ist, so ist doch bei dem Detailhandel der Kaufleute eine Ausnahme in dem allgemeinen Brauch gewiß durch Notorietät begründet. Im gegenseitigen Verkehr unter Kaufleuten selbst ist es der Ordnung gemäß, auch die Zinsen in den jährlichen Conto Corrente zu bringen, weil sonst der status activus et passivus nicht erkennbar wäre. Ist dieses nicht geschehen, so können die nicht auf solche Weise vorbehaltenen Zinsen auch nicht nachgefordert werden; Runde a. a. O.

Zu 5) Wer die hier aufgeworfenen Fragen ohne Unterschied verneinen wollte,*) etwa weil in l. 178. D. de R. J. (50. 17.) gesagt ist: cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent, oder weil eine stillschweigende Begebung des Zinsen-Anspruches in der ohne Vorbehalt erfolgten Annahme des Capitals um deswillen liege, weil ja der Gläubiger nach l. 5. §. 3. D. 46. 3. — l. 21. C. 4. 32. berechtigt war, jede Zahlung zunächst auf die Zinsen und dann erst auf das Capital abzurechnen, würde irren. Zinsen lassen sich, wenn sie stipulirt sind, — wenn auch als Nebenforderung — doch immerhin als selbständige Forderung denken, s. Thibaut System §. 200., und dann würden sie nur durch unmittelbare Begebung oder Aberkennung verloren gehen können. Die Gesetze weisen daher deutlich auf den Unterschied hin, welcher in dem Entstehungsgrunde der Zinsen liegt, je nachdem dieser entweder in einer obligatio oder in officio judicis beruht, und nur von Zinsen der letzteren Art, — wozu insbesondere die Verzugszinsen gehören — sagt die von den Vertheidigern der entgegengesetzten Meinung angeführte l. 49. D. 19. 1., daß sie nicht weiter mehr,**) wenn die Hauptfor-

*) Mit Unrecht unterlegt Quistorp diese Meinung dem Voet, denn dieser erkennt vielmehr ausdrücklich den oben bemerkten Unterschied an; s. Comm. ad Pand. Lib. 22. tit. 1. §. 16.

**) Eine Nachforderung kann man es natürlich nicht nennen, mithin auch nicht verwerfen, wenn der Kläger zwar das Klaggesuch neben der Hauptforderung auch auf die Zinsen gerichtet hatte, der Richter aber nur die erstere ihm definitiv zuerkannt, in Betreff der Zinsen aber durch Anordnung weiterer Instruction den Kläger in den Fall gesetzt hat, die Zinsen nun erst noch zu prosequiren, nachdem er die Hauptsache schon erlangt hat; Seuffert im civil. Archiv Bd. I. S. 230.

derung bezahlt sey, gefordert werden können, weil es für sie keine eigene Klage gibt.*) [Vergl. jedoch Reyscher i. d. Zeitschr. f. deut. R. XVII. S. 6. 26.] — Aus diesem Grunde wird man auch gegen die Autorität von Mevius Decis. P. I. dec. 219. behaupten müssen, daß derjenige, welcher die Zahlung der Hauptschuld mit Vorbehalt der Verzugszinsen annimmt, sich diese durch den einseitigen Vorbehalt nicht salviren könne, weil der Vorbehalt kein Forderungsrecht geben kann, welches von den Gesetzen ausgeschlossen ist; Hufnagel Mittheil. aus der Praxis der Württ. Civilgerichte I. no. 11., Fratr. Beckmann. Cons. et Dec. P. II. dec. 51. no. 18. 19., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 126.; vergl. Thibaut Syst. §. 116. (Ed. 8.) Wenn man nun den in der Frage aufgestellten Satz auf obligationsmäßige Zinsen aus dem einfachen Grunde nicht anwenden kann, welchen Voet l. c. dahin ausdrückt: si ex stipulatu debitae fuerint usurae, etiam peremta sortis obligatione ad usuras actio superest, eo quod tunc duae obligationes principales intelliguntur, altera certi, altera incerti, sortis altera, altera usurarum, so muß man consequent behaupten, nicht nur, daß bei der Annahme des Capitals ein specieller Vorbehalt, wie Manche dafür halten, Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 1848., Seuffert Beitr. z. Gesetzgeb. S. 93. no. 10., nicht nöthig sey, um sich die noch unbezahlten Zinsen zu salviren, weil die Tilgung der einen Verbindlichkeit nicht zugleich die Aufhebung einer andern bewirken kann, v. Quistorp Beitr. S. 894., Hommel Rhaps. Vol. I. obs. 221. no. 7., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 87. Anm. 13., sondern auch, daß durch blos stillschweigende Uebergehung der Zinsen in dem über die Hauptsache ergangenen Erkenntniß die gesonderte Verfolgung stipulirter Zinsen, gleichviel ob dieselben in einer und eben derselben Verschreibung oder in einem besonderen Vertrag sich gründen, nicht ausgeschlossen werden könne, denn es sind nun einmal zweierlei Verbindlichkeiten vorhanden, und da über die eine gar nicht erkannt ist, so können ihr auch nicht vires judicati entgegenstehen; l. 7. §. 2. D. 5. 3. — l. 7. §. 1. D. 16. 2. — l. 1. §. 4. D. 27. 4. — l. 16. D. 44. 2. — l. 1. C. 4. 32. — Pufen-

*) Daß diese Art der Zinsen, nämlich Legalzinsen, quae in obligatione vel officio judicis sunt, auch ungebeten zuerkannt werden sollen, unterliegt keinem Zweifel; Quistorp Beiträge S. 896.; s. dagegen Seuffert's Archiv XII. No. 91. Daß aber der Richter, durch Uebergehung derselben, verantwortlich werde, wie Madai Lehre v. d. mora S. 359. behauptet, möchte wohl nur dann zu behaupten seyn, wenn sie der Gläubiger gefordert hatte und kein Rechtsmittel gegen die Sentenz hat; Sintenis Civilr. Bd. II. §. 87. Anm. 21.

dorf T. I. Animadv. 123. und das dabei angeführte Judicat des Celle'schen Obertribunals, Voet l. c., Glück Thl. XXI. S. 62., v. Quistorp a. a. O. S. 893. Doch sind über den letzten Punkt ungeachtet der sehr dafür sprechenden l. 64. D. 42. 1. — l. 24. pr. D. 49. 1. die Meinungen verschieden, insofern Mehrere die Uebergehung für eine stillschweigende Aberkennung der Zinsen erklären, und daher unserer Meinung nur dann beistimmen zu können glauben, wenn nicht die Zinsen schon in judicium deducirt waren, Mevii Dec. P. I. dec. 219., Leyser Med. Sp. 243. med. 5. u. 6., daher auch Glück a. a. O. es allerdings für räthlich erachtet, gegen eine Sentenz, in welcher gebetene Zinsen übergangen wurden, zu appelliren.

Zu 6) Nach l. 14. §. 1. D. 46. 3. soll, sobald ein Vormund als suspect angeklagt ist, dessen Perceptionsbefugniß aufhören, wenn auch gleich das obrigkeitliche Interdictionsdecret noch nicht erfolgt ist, daher derjenige, welcher ihm dennoch zahlt, während er Wissenschaft davon hat, nichtig handelt. Mit der Römischen postulatio suspecti tutoris fällt aber nach dem heutigen Verfahren auch diese Bestimmung weg; Glück Thl. XXXI. S. 95.

Zu 7) Verneinend entscheidet l. 26. pr. D. 12. 6., indem angenommen wird, daß der Zahlende eine Liebespflicht erfüllen wollte, s. v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 76. Anm. 2. gegen Weber, welcher in s. Vers. über d. Civilr. S. 316. die l. 26. cit. nur von wissentlich bezahlten, nicht schuldigen Zinsen verstanden wissen wollte.

---

§. 214.

b) Von Verzugszinsen insonderheit.

1) Ist auch der Schenker aus einem Schenkungs-Versprechen Verzugszinsen zu zahlen schuldig, und von welcher Zeit an?
2) Kann der Gläubiger von dem in mora befindlichen Schuldner auch dann 5 Procent Verzugszinsen fordern, wenn die bedungenen Zinsen niedriger waren?
3) Können von rückständig gebliebenen Capitalzinsen auch Verzugszinsen gefordert werden?
4) Inwiefern kann der Richter auf Verzugszinsen auch aus illiquiden Schulden erkennen?
5) Unter welcher Voraussetzung, von welcher Zeit an, und in welcher Größe können Judicatszinsen (usurae rei judicatae) gefordert werden?

6) Findet der Rechtssatz der l. 17. §. 5. D. 22. 1.: Fiscus ex suis contractibus usuras non dat auch h. z. T. Anwendung, und mit welchen Einschränkungen ist allenfalls das Zinsen-Privilegium des Fiscus, sowohl was Zinsverpflichtung als Zinsberechtigung betrifft, zu erklären?

7) Ist der Schuldner auch dann Verzugszinsen zu bezahlen schuldig, wenn die Forderung mit Arrest belegt ist?

Zu 1) s. unt. im besond. Theil Kap. I. von den Wirkungen der Schenkung, zu Fr. 4.

Zu 2) Bejahend entscheidet der R.-A. v. J. 1600. §. 139., doch darf daraus nicht gefolgert werden, daß, wenn höhere Zinsen bedungen waren, der Gläubiger an diesen verkürzt werden dürfe; Koch R. d. F. Bd. I. S. 120. (d. 2. Ausg.), Mevii Dec. P. IV. dec. 205., Stryck Us. mod. Pand. Lib. XXII. cap. I. §. 16.

Zu 3) Eigentlicher Zinsenforderung stünde das Verbot, Zinsen von Zinsen zu nehmen, allerdings geradezu entgegen, gleichwie man auch von schuldigen Früchten einer zu restituirenden Hauptsache (die Erbschaftsklage in Ansehung der vor der Einlassung gezogenen Früchte abgerechnet) keine Zinsen zu zahlen schuldig ist; Thibaut Syst. §. 192. no. 5. Wenn aber Manche auch das interesse morae verwerfen, Cocceji Diss. de anatocismo Sect. 4. §. 5., so scheint der wesentliche Unterschied zwischen Zinsen und Interesse nicht gehörig beachtet, vielmehr wäre mit Goetz rechtl. Entscheidungen der jurid. Facultät zu Altdorf S. 234. dem Grundsatze zu huldigen, daß jeder dem Andern widerrechtlich durch Handlungen oder Unterlassungen zugefügte Schade ersetzt werden müsse, mithin dem Gläubiger, welcher nicht eigentlich Zinsen, sondern das id quod interest fordert, das Gehör nicht zu versagen sey.

Zu 4) Gewöhnlich zwar, aber nicht immer, wird der von Vielen schlechthin angenommene Zeitpunkt der Litiscontestation als Anfangspunkt gelten können. Weil nämlich bei persönlichen Klagen nicht auf gleiche Weise, wie bei dinglichen, angenommen werden kann, daß durch die Litiscontestation böser Glaube bewirkt werde, wird, wie Emmerich über Verzinslichkeit illiquider Schulden in Linde's Zeitschr. Bd. XII. S. 76. ausgeführt hat (vergl. auch Glück Thl. XIII. S. 163.), auf die besonderen Umstände des Falles und die daraus zu entnehmende wirklich oder gesetzlich zu präsumirende Kenntniß oder Unkenntniß

des Beklagten in Ansehung seiner Verbindlichkeit Rücksicht zu nehmen seyn; l. 24. pr. l. 47. D. 22. 1. — l. 63. D. 50. 17. — l. 40. pr. D. 5. 3. — arg. l. 78. §. 2. D. de leg. II. (31.) — l. 5. D. 12. 1. — Hiernächst ist eine von den Gerichten häufig vernachlässigte Vorschrift wohl zu beachten. Häufig wird nämlich durch ungegründete Appellationen dem Sieger erster Instanz das, was ihm urtheilsmäßig gebührt, lange vorenthalten. Der Richter erster Instanz beachtete die Zinsen nicht, vielleicht weil sie damals zu unbedeutend waren. Sind sie nun aber durch Appellationen zu einer empfindlichen Höhe angeschwollen, so sollte der Oberrichter, wenn er eine Frivolität auf Seite des Appellanten findet, immer ex officio denselben zur Bezahlung der Zinsen der Zwischenzeit verurtheilen. In l. 64. D. 42. 1. — l. 24. pr. D. 49. 1. ist dem Sieger als Ausnahme von der Regel sogar noch eine besondere Klage nach erlassener Confirmatoria gegeben, wenn die Zinsen jener Zwischenzeit vom Oberrichter nicht beücksichtigt worden sind. Mehreres hierüber s. Emmerich a. a. O.

Zu 5) Glück Thl. XXI. S. 60. nimmt die von Batz Abhandl. über Gegenstände des natürl. und posit. R. no. 12. §. 4—8. aufgestellte Meinung an, daß eine im Urtheil vorausgegangene Zinsenverurtheilung nothwendig vorausgesetzt werde, um auch usuras rei judicatae zu erlangen. Allein richtiger scheint die Annahme der meisten Rechtsgelehrten zu seyn, daß, auch wenn in einem verurtheilenden Erkenntniß die Zinsen übergangen worden sind, doch ex causa judicati die Verzugszinsen der späteren Zeit gefordert werden können. — Im Voraus ist hierüber zu bemerken, daß die usurae rei judicatae nach l. 2. C. 7. 54. als usurae punitoriae zu 12 Procent eine Folge nicht geleisteter Parition waren. Man nahm nämlich an: Gegenstand des Erkenntnisses könnten, da dieses nicht in die Zukunft operiren könne, nur die bis zu dessen Fällung erwachsenen Zinsen seyn. Dem Erkenntniß Genüge zu leisten, war dem Verurtheilten eine Zeit von 4 Monaten (quadrimestres induciae) gegönnt, während welcher keine Zinsen gefordert werden konnten. War aber diese Zeit verflossen, so begann, indem durch das Urtheil eine Novation bewirkt wurde, eine neue Zinsverbindlichkeit, welche durch die actio judicati geltend gemacht werden konnte. Diese ist daher ganz verschieden von jenen Zinsen, welche schon Gegenstand des Erkenntnisses werden konnten, aber dort übergangen wurden, und die Vorschrift, daß für Zinsen keine besondere Klage stattfinde, und eine dergleichen im Urtheil übergangene Forderung nicht mehr zur Sprache gebracht werden könne, s. l. 4. C. 4. 34., paßt offenbar nicht auf die ex nova causa erwachsenden

Zinsen. Es ist daher gegen die Natur der Sache, wenn Vaß a. a. O. die Worte der l. 13. C. 4. 32.:

„si finitum est judicium sententia, quamvis minoris condemnatio facta est, non adjectis usuris, nec provocatio secuta est, finita retractanda non sunt: *nec ejus temporis, quod post rem judicatam fluxerit,* usurae ullo jure postulantur, *nisi ex causis judicati*"

dahin auslegt, daß auch usurae rei judicatae nicht anders gefordert werden könnten, als wenn die Zinsen im Judicat zugesprochen wären. Die ganze gesetzliche Disposition hat ja gerade nur den Fall zum Gegenstand, wo nicht auf Zinsen erkannt war, und bestimmt eben für diesen Fall, daß da nur die Zinsen ex causa judicati geltend zu machen, diese mithin als eine Ausnahme von dem allgemeinen Satze, daß nicht zuerkannte Zinsen auch nicht von der Zeit nach dem Urtheil gefordert werden können, zu betrachten seyen, indem sie auf einem neuen Rechtsfundament ruhen; Noodt de foenore et usuris Lib. III. c. 14., Wernher Obs. 433., Brunnemann Comm. ad Cod. l. 13. cit., Cujac. recit. solemn. in Cod. Lib. IV. tit. 32. l. 13., Perez Comm. ad Cod. Lib. VII. tit. 54. no. 6. Observandum hic est, post rem judicatam non deberi usuras *obligationis in judicium deductae,* sed tantum usuras *judicati,* quia per condemnationem fit prioris obligationis novatio. Die heutige Anwendbarkeit dieser römischen Vorschriften, welche insgemein angenommen wird, Glück Thl. XXI. S. 102. Anm. 18., Leyser Sp. 244. med. 7., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 1836., muß sich jedoch dahin gestalten, daß die Judicatszinsen nicht über 5 Procent betragen können, und, wenn im Urtheil eine Zahlungsfrist bestimmt ist, von dem Ablauf derselben, wenn aber im Urtheil keine bestimmt ist, von dem Tage an laufen, an welchem dem Schuldner ein mandatum paritorium insinuirt worden ist; Peiffer prakt. Ausführ. Bd. VII. S. 51., Gottschalk Disc. for. T. II. c. 9. pag. 97., Hommel Rhaps. Vol. VI. obs. 718. Der Unterschied zwischen Obligations- und Judicatszinsen ist auch für die Frage über das alterum tantum der Zinsen von praktischem Interesse, indem die letzteren, als ex nova causa entstanden, nicht mit den ersteren zusammengerechnet werden dürfen, sondern von da an ein ganz neuer Zinsenlauf beginnt; Pfeiffer a. a. O. Diese richtige Folge wird aber freilich von Vielen nicht beachtet, z. B. Thibaut System d. P. R §. 200., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. §. 192. Anm. w., Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. Bd. II. §. 230. Anm. 10., Göschen Lehrb. d. Civilr. Bd. II. §. 192. Anm. w.

Zu 6) Es möchte ebensowenig zu billigen seyn, wenn Manche ein so exorbitantes Privilegium hinsichtlich der Befreiung des Fiscus von der Zinsverpflichtung so ganz generell aufstellen, wie Thibaut System §. 192., vergl. Braun zu Thibaut §. 279. S. 278. u. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 16. (§. 8.), als wenn Andere dasselbe allgemein negiren; Struben rechtl. Bed. Th. IV. Bed. 16., v. Quistorp rechtl. Bemerk. Th. II. no. 54. Wo nicht durch Verfassungsurkunden der Gedanke an eine solche Privilegirung des Fiscus, vermöge l. 17. D. 22. 1. sich in seinen reinen Privatrechts-Verhältnissen auf Kosten derjenigen, welche mit ihm contrahiren, zu bereichern, fern gehalten wird,*) muß wenigstens eine einschränkende Auslegung beobachtet werden, nach welcher

a) das Privilegium nicht von stipulirten Zinsen, Sintenis Civilr. Bd. II. §. 87. Anm. 32., vielmehr nur von eigentlichen Verzugszinsen zu verstehen ist, welche außer der mora keinen besonderen gesetzlichen Grund haben, denn jener ganze Pandektentitel spricht nur von nicht stipulirten, nicht vertragsmäßigen Zinsen. Nach dem Grundsatz stricter und im Zweifel einschränkender Auslegung der Privilegien findet in Erwägung, daß l. 17. §. 5. nur von usurae ex contractibus ob moram praestandae zu verstehen ist, eine Ausdehnung auf andere usurae legales, als jene ex mora, nicht statt, mithin ist das Privilegium nicht anwendbar auf den Fall unbefugter Verwendung, oder des Nutzungsbezugs von fremden Geldern, oder wenn fiscus rem und pretium zugleich besitzen wollte u. dergl.; vergl. Seuffert's Archiv VIII. No. 241.

b) nur von Verzugszinsen aus Contractsverhältnissen, folglich nicht aus Entschädigungsforderungen wegen widerrechtlicher Eingriffe in Privatrechte, oder auch aus staatsrechtlichen Verhältnissen; endlich nicht

c) wenn der Fiscus in einem Schuldverhältniß Nachfolger einer Privatperson ist, nach den Worten des Paulus: cum autem in loco privati successit, etiam dare solet; Schweppe röm. Pri-

---

*) Möchte doch — sagte v. Dalwigk — eine weise Gesetzgebung ein solches und viele andere fiscalische Privilegien zum Wohle der Unterthanen aufzuheben sich entschließen! v. d. Nahmer Samml. d. merkw. Entscheid. d. O.-A.-Ger. zu Wiesbaden Bd. II. S. 134. Diese Stimme hallt wieder in v. Hufnagel's Mittheil. aus der Praxis der Württemb. Civilgerichte Hft. I. no. 22. Blos von Zinsen, welche zum officium judicis gehören, versteht die Befreiung des Fiscus Schilling Lehrb. Bd. III. S. 110. Anm. p.

vatr. Bd. I. §. 194. S. 453., v. Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. II. S. 197., Glück Thl. XXI. S. 42. Anm. 45., Waldeck Controversen-Entscheidung Thl. I. S. 143., Seuffert u. Glück Bl. f. R.-A. Bd. VII. S. 241. Doch möchte schwerlich mit Struben rechtl. Bed. Bd. IV. S. 41. Anm. 16. anzunehmen seyn, daß das Gesetz überhaupt nicht von Landescassen, sondern nur von den Einkünften, welche der Princeps außer den Steuern zu erheben hatte, zu verstehen, mithin zwischen Fiscus und Aerar zu unterscheiden sey.

Das Privilegium fisci in Ansehung der Zinsberechtigung, daß nämlich der Fiscus vermöge l. 6. D. 49. 14. seine privilegirten usurae semisses auch da, wo der Private, welcher die Forderung zuvor besessen hatte, keine oder nur geringere Zinsen als die fiscalischen 6 Procent fordern konnte, von der Zeit an, wo er an die Stelle des vorigen Gläubigers tritt, zu fordern berechtigt ist, hat einen Zweifel darüber veranlaßt, ob alsdann, wenn der Fiscus die Forderung wieder einem andern Privaten cedirt, sein Privilegium auch auf diesen mit der Forderung zugleich übergehe? Man hat nämlich verschiedene Lesarten der hierüber vorhandenen Gesetzstelle l. 43. D. 22. 1., an welchen Glück Thl. XVI. S. 403. Anstoß nahm, indem es am Schluß statt petere posse nach der Meinung Anderer, gestützt auf die Autorität der Basiliken, heißen sollte: petere non posse; allein Mühlenbruch Lehre v. d. Cession S. 581. u. Anm. 122. hat einleuchtend gezeigt, daß es keiner Veränderung des Textes bedürfe, um den natürlichen Sinn des Gesetzes dahin aufzufassen: daß dem Cessionar das fiscalische Zinsenprivilegium allerdings für die Zeit, während welcher der Schuldner debitor fisci war, nicht abzusprechen, weiter aber auch nicht zuzuerkennen sey. Damit hat sich denn auch Glück Thl. XXI. S. 48. vereinigt.

Nicht ungeeignet scheint es hier, eine andere Frage anzuknüpfen: Von welchem Zeitpunkt an kann der Fiscus von seinem Rechnungsbeamten die Verzinsung eines Passiv-Recesses nach l. 17. §. 7. D. 22. 1. und l. 9. pr. D. 50. 8. fordern? In v. d. Nahmers Entsch. d. O.-A.-G. zu Wiesbaden Bd. II. S. 179. wurde erkannt: „von der Zeit an, wo er aufhörte, Rechner zu seyn." Diese Entscheidung rechtfertigte sich zwar durch die Eigenthümlichkeit des Falles, nämlich wegen untergelaufener Unredlichkeit, außerdem aber si nulla fraus arguatur, l. 17. §. 7. D. cit. bei obwaltenden redlichen Ursachen, l. 9. §. 10. D. 50. 8. kann die Verzinsung nur von der Zeit an, wo der Beamte durch den Rechnungs-Abschluß zur Ablieferung gewisser

Summen schuldig erkannt wird, gerechnet werden, da dieser ohne alle seine Schuld sich weit hinausziehen, und er in optima fide sogar eines Guthabens seyn kann, und dieses auch wirklich bestände, wenn ihm nicht mehrere Ausgaben, welche ihm begründet schienen, gestrichen worden wären.

Zu 7) Wenn dem Schuldner die gerichtliche Niederlegung nicht ausdrücklich aufgegeben ist, so hat er zu derselben auch keine Verbindlichkeit, leistet daher ebensowenig Verzugszinsen, nur gesetzliche oder pactirte Zinsen laufen ungehindert des auf das Kapital gelegten Beschlags fort. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 164., Struben rechtl. Bed. Bd. IV. Bed. 102., Mevius de arrestis Cap. IX. no. 51., Boehmer T. II. Resp. 411. no. 8 u. 9., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XIX. tit. 1. §. 56., Glück Thl. XVI. §. 986. S. 140., Weber Versuche über d. Civilr. S. 259.*)

§. 215.

c) Zinsbeschränkungen.

1) Inwiefern ist dem Gläubiger das Recht abzusprechen, aufgelaufene Zinsreste weiter zu fordern, als bis auf den Betrag des Hauptstamms?
2) Ist das Vorausnehmen der Zinsen erlaubt?
3) Kann gegen das gesetzliche Verbot, Zinsen von Zinsen zu nehmen, l. 26. pr. §. 1. D. 12. 6. — l. 20. C. 2. 12. — l. 28. C. 4. 32. — l. 3. C. 7. 54. — l. 27. D. 42. 1., die kaufmännische Sitte, in Handelsgeschäften sich vom Tag der Eintragung des Handelspostens im Conto corrente Zinsen zu berechnen, und dann wiederum von dem aus der Bilanz sich ergebenden Saldo (wenngleich dieser großentheils aus diesjährigen Zinsen besteht) auch Zinsen auf das nächste Jahr vom Abschluß der Bilanz an zu berechnen, als zu Recht bestehend erkannt werden?
4) Ist aus dem gesetzlichen Verbot, Zinsen von Zinsen zu nehmen, die rechtliche Folge zu ziehen, daß ein Vormund oder

*) Daß nach erkanntem Concursproceß keine Verzugszinsen laufen können, ist bisher so allgemein anerkannt gewesen (s. vorzüglich Gensler im civil. Archiv Bd. II. S. 360), daß man sich billig wundern muß, diesen Satz neuerlich von Gerau in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. II. S. 208. bestritten zu sehen.

Verwalter, welcher Zinsen zu erheben versäumt hat, aus denselben wiederum Zinsen zu zahlen nicht verbunden werden kann, und daß insbesondere der Vormund, welcher selbst Schuldner seines Pupillen geworden ist, von den nicht von ihm eingezahlten Zinsen wiederum Zinsen zu entrichten nicht angehalten werden kann?

5) Ist auch der s. g. anatocimus separatus, wenn nämlich der Gläubiger von dem Schuldner die nicht bezahlten Zinsen sich freiwillig als neues verzinsliches Capital constituiren läßt, verboten?

6) Ist der sechste Zinsthaler als durchaus verboten anzusehen?*)

7) Inwiefern können indebite gezahlte und insbesondere das gesetzliche Maaß übersteigende Zinsen durch Klage zurückgefordert werden?

8) Welche nachtheiligen Folgen treffen den Wucher?

Zu 1) Viele Rechtsgelehrte verwerfen mit Beziehung auf l. 26. §. 1. D. 12. 6. und l. 10. C. 4. 32. die Forderung von Zinsrückständen ultra alterum tantum in Gemäßheit der römischen Gesetze gänzlich**), Thibaut Syst. §. 197. (Ed. 8.), Mackeldey Lehrb. §. 350., Walch Controv. jur. civ. (Ed. 3.) pag. 519., Leyser Sp. 248. med. 4—8., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 275. (Ed. 6.), Cocceji jus controv. Lib. 22. tit. 1. qu. 8., Puchta Pand. §. 229., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. §. 192. (12.), Dabelow Handb. des heut. gem. Röm. deutsch. Privatr. Bd. I. §. 92. Anm. i., Hof-

*) Daß die Ueberschreitung des gesetzlichen Zinsmaaßes auch nicht auf verdeckte Weise geschehen dürfe, z. B. daß statt Geld Waaren in einem zu hohen Anschlage gegeben werden (contractus mohatrae), ist als bekannt vorauszusetzen.

**) Unbeschadet nämlich des den Städten in Nov. 160. pr. u. §. 1. eingeräumten besonderen Privilegii, dessen in Praxi s. Mevii Decis. P. VII. dec. 136. behauptete analoge Ausdehnung auf pia corpora jedoch bestritten ist; s. Leyser Sp. 248. med. 2 u. 3., Glück Thl. XXI. S. 107., v. Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. I. S. 395., Struben rechtl. Bed. Bd. III. no. 33. — Die Meinung Glücks a. a. O. S. 106., daß nach Pandektenrecht das Zinsenverbot ultra alterum tantum auch in Ansehung der bereits gezahlten Zinsen gegolten habe (s. dagegen Schilling Lehrb. Bd. III. S. 124. Anm. b), kann füglich unberücksichtigt bleiben, da, wenn auch dieses in l. 26. §. 1. D. 12. 6. bestimmter enthalten wäre, durch l. 10. C. 4. 32. jedenfalls derogirt, und diese — abgesehen von einigen unglossirten Novellenstellen — das neueste Gesetz ist.

acker Princ. jur. civ. T. III. §. 1838., Fritz Erl. S. 62., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 87. Anm. 48., Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 197., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 319., Sell üb. d. Verbot der Zinsen supra duplum oder ultra alterum tantum, in s. Jahrb. Bd. I. no. 2., Weber Versuche üb. d. Civilr. no. I. §. 14. Aber nicht weniger Rechtsgelehrte nehmen im Gegentheil an, daß in der Materie von Zinsen nur die deutschen Reichsgesetze (wie auch Thibaut civilist. Abhandl. no. 7. anerkennt) als noch geltendes Recht betrachtet werden können, mit welchen eine unbedingte Beschränkung der Zinsen auf das alterum tantum ebensowenig als mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen vereinbarlich wäre; Glück Thl. XXI. §. 1134. und die in Anm. 39. S. 109. angeführten Autoritäten. Es wäre gewiß inconsequent, ein Recht, welches bei Renten unbestritten anerkannt ist, bei Zinsen durchaus nicht gelten lassen zu wollen. Die offenbarste Rechtsverletzung entstände dann besonders bei Zinsen aus unbezahlten Kaufgeldern, mit welchen der Käufer ultra alterum tantum in Rückstand bleibt. Vernünftiger Weise muß man, wie in K. Sächsischen Verordnungen (Decis. 29. de Ao. 1661., Kind Qu. for. T. II. cap. 53.) ausgesprochen und im K. Würtemberg durch die Praxis des Obertribunals (Richter Aufsätze 2c. S. 239.) anerkannt ist, annehmen, daß, wenn der Schuldner allein sich in culpa befindet, und der Gläubiger es an nichts hat fehlen lassen, die usurae morae keiner Beschränkung zum Vortheil des widerrechtlich handelnden Schuldners unterworfen werden können, vielmehr diese Beschränkung, wenn man einmal Zinsen als erlaubt ansehen muß, nur auf eine aus Gründen der Staatsklugheit nicht zu duldende Nachlässigkeit des Gläubigers in deren Beitreibung zu beziehen ist; Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. VII. S. 40., v. Quistorp Beitr. zur Erläut. verschied. Rechtsmat. S. 406., Seuffert's Archiv X. No. 207. Unstreitig dürfen auch bei Berechnung des alterum tantum die Zinsen vor und nach dem rechtskräftigen Urtheil nicht zusammengezählt werden, weil die Judicatszinsen einen selbständigen Rechtsgrund haben; l. 3. C. 7. 54. Seuffert's Archiv IX. No. 14. X. No. 238. Die Reichsgesetze enthalten nicht nur kein Verbot des alterum tantum, sondern es ist auch ein solches der Reichsgerichtl. Praxis ganz fremd geblieben, nach deren entgegengesetzten Präjudicien*) sich auch die

*) Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XXII. tit. 1. §. 26., Höpfner Instit. §. 967., Langsdorf von den usuris ultra alterum tantum und deren Rechtmäßigkeit im deutschen Reiche. Mannheim 1778. Cramer Obs. jur. univ. T. I. obs. 23. §. 6. obs. 102. obs. 256. §. 3. sagt: mihi

Observanz der meisten deutschen Gerichtshöfe gebildet hat*). Wenn man einwendet, daß Reichsgerichtl. Erkenntnisse keine Gesetze seyen, so muß man sie doch wohl als rationelle Auslegung, dergleichen auch in den Reichstagsverhandlungen v. J. 1653 u. 1654 in dem Magdeburgischen und Celleschen Voto „gegen die von etlichen Jurisconsultis zu weit getriebenen Extensionen der effectus des alterius tanti" authentischer Weise beantragt wurde, umsomehr gelten lassen, als diese für den Einklang mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen nothwendig postulirt ist. Es ist aber auch nicht wohl zu verkennen, daß der Reichsdeputations-Abschied zu Speyer v. J. 1600. §. 139. in Ansehung der Verzugszinsen geradezu gegen eine solche Beschränkung spricht, verb.: „wie vor billig geachtet worden, wenn der Schuldner in mora restituendi pecuniam mutuam ist, daß er seinem Gläubiger von derselben Zeit hero — das Interesse zu entrichten und gut zu machen schuldig seye — so ordnen und wollen wir nachmals, daß solch Interesse a tempore morae erstattet und derentwegen den Creditoren fünf Gulden von hundert bezahlt werden." Es mag daher wohl genügen, daß bei dem Reichstag vom J. 1654 nach dem Reichskammergerichtlichen Gutachten vom 7. December 1752 auf das Verbot des alterum tantum nicht eingegangen wurde, de Meiern Acta Comitialia Ratisbonensia Lib. III. §. 12. no. 1., Emminghaus Corp. jur. Germ. pag. 501. not. 2., gedachter Reichsabschied aber auch, wie Glück a. a. O. S. 111. bemerkt, im §. 172. u. 173. solche Bestimmungen enthält, welche ein unbedingtes Verbot des alterum tantum absolut ausschließen, indem

---

innumeri casus noti sunt, in quibus pro altero tanto pronunciatum, und Moser führt auch vom Reichshofrath eine gleichförmige Entscheidung an; s. dessen merkw. Reichshofraths-Conclusa Th. V. S. 227.

*) De jure Saxonico Electorali bezeugt dies, insofern es der Gläubiger nicht an der gerichtlichen Beitreibung hat ermangeln lassen; Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 8. th. 10. not. 3. Im Herzogthum Bremen findet man eine alte Gewohnheit dafür in Mevii Dec. P. VII. dec. 3., Präjudicien von mehreren vormals Reichsständischen Gerichten bei Pufendorf Obs. T. I. obs. 14., Struben rechtl. Bed. Bd. III. no. 33., von dem Oberappellationsgericht zu Dresden Kind Quaest. for. T. IV. cap. 47. pag. 259., von dem Oberappell.-Ger. zu Cassel Pfeiffer a. a. O. und ganz unbedingt vom Obertribunal in Tübingen, Richter Aufsätze über verschiedene Rechtsfragen S. 239., s. auch Hufnagel Mittheilungen S. 13. u. v. Zangen Rechtserörterungen Bd. II. S. 137. Auch in Scheiblein Miscellen der Oesterreich. Gesetzgebung H. IV. S. 202 u. 206. (Sickel Repert. II. 347.) wird als Regel angenommen, daß eine Hemmung des Laufes der Zinsen, welche bis zum Capitalbetrag gestiegen sind, nur dann eintrete, wenn keine gerichtliche Einmahnung stattgefunden hat.

z. B. nicht einmal Verjährung die Schuldner wegen der bei währendem Krieg unterlassenen Forderung der Zinsen oder des Capitals schützen sollte, obgleich die 5procentigen Zinsen in 30 Jahren schon weit mehr als das alterum tantum betrugen.

[Ueber aufgelaufene Zinsen in Handelsgeschäften s. A. D. Handelsgesetzb. Art. 293.]

Zu 2) Dieses läßt sich auf zweierlei Weise denken: a) indem der Schuldner die Zinsen freiwillig vorauszahlt. Er beginnt z. B. eine Reise in einen entfernten Welttheil, wozu er sich mit einem Darlehn versieht, und indem das dagegen gegebene Unterpfand nur das Capital deckt, zieht er in Ansehung der zu entrichtenden Zinsen für die Jahre seiner Abwesenheit es vor, sie seinem Gläubiger lieber im Voraus zu behändigen, als sie irgendwo mit Gefahr zu deponiren. Dagegen findet sich in den Gesetzen kein Verbot und, durch ein solches der beiderseitigen Convenienz in den Weg zu treten, kein Grund; Schilling Lehrb. f. Instit. Bd. III. §. 246., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 18. (§. 10.), Puchta Pand. §. 229. Anm. hh. — Oder b) der Gläubiger zieht von der Capitalsumme soviel ab, um sich der Zinsen auf eine gewisse Zeit zu versichern. Dies wird gewöhnlich für unerlaubt erklärt, ob es gleich nicht indistinct im Pandektenrecht als verboten erscheint, denn sonst hätte ja der Vorausnahme der Zinsen nicht sogar eine rechtliche Folge gegeben werden können, die nämlich, daß der Gläubiger auf die Zeit hindurch, für welche er sich das Darlehn hatte verzinsen lassen, dasselbe nicht aufkünden durfte; l. 2. §. 6. D. 44. 4. — l. 57. pr. D. 2. 14. Es kann auch Justinian's Verordnung in l. 26. §. 1. C. 4. 32.*) nicht, wie Leyser Sp. 243. med. 9., Struv. Exerc. 27. §. 57., Röder civilist. Abh. S. 84 f. u. 88 f., Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 198. S. 458. dafür halten, als eigentlich entgegenstehend angesehen werden, es ist nämlich darin blos von einem Abzug für Zählgeld, Provision, Schlüsselgeld und dergleichen Mitteln, das er-

*) Interdicta licentia creditoribus ex pecuniis foenori dandis aliquid detrahere siliquarum nomine, vel sportularum vel alterius cujuscunque causae gratia. Von Zinsen ist hier nicht die Rede, denn siliquae können nicht für usurae genommen werden, Glück a. a. O., Sintenis a. a. O. §. 87. Anm. 55.; es bleibt daher nur die allgemeine Regel übrig, daß der Schuldner nicht auf was immer für eine Weise von dem Zinsberechtigten übervortheilt werden soll. Was Schilling Lehrb. Bd. III. S. 128. Anm. c. u. S. 106. von den siliquis bemerkt, berechtigt durchaus nicht, sie mit usuris für gleichbedeutend zu nehmen.

laubte Zinsenmaß zu überschreiten, die Rede, wie von Kind Qu. For. T. II. cap. 57., Glück Thl. XXI. S. 71. und den dort angeführten Schriftstellern genügend dargethan ist. Ein unbedingtes Verbot läßt sich auch nicht wohl denken, denn die Vorausnahme von Zinsen für 1 Jahr kann ja ohne Ueberschreitung des Zinsen-Maximums geschehen, wenn ich z. B. 1000 fl. nur zu 4 Procent leihe, und mir einen Jahreszins mit 40 fl. voraus hinwegziehe; denn die 950 fl. würden zu 5 Procent in einem Jahr sogar mehr als 40 fl. Zinsen abwerfen, und postnumerando nach Jahresfrist kommt sogar der Gläubiger zu kurz; dagegen wäre es eine Ueberschreitung des gesetzlichen Zinsenmaßes, wenn ich 1000 fl. gegen 5 Procent als die höchsten erlaubten Zinsen darliehe, und sogleich einen Jahreszins mit 50 fl. abzöge, denn für wirklich empfangene 950 fl. dürfte ja mein Schuldner nur $47\frac{1}{2}$ fl. Zinsen zahlen; Höpfner Instit. §. 967. Anm. 8., Röder civilist. Abhandl. S. 84., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 77. Anm. 2., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 87. Anm. 55.

Zu 3) Diese Sitte hat einen im Länderverkehr früh begründeten, durch die Gegenseitigkeit der Berechnung unter Kaufleuten gerechtfertigten, auf das Verhältniß des Geldwerths zu anderen Werthen gebauten allgemeinen Gebrauch für sich. Daß eine solche particuläre Gewohnheit, ein aus den nothwendigen Bedingungen des wohlverstandenen Handels-Interesse und Geschäftsverkehrs hervorgegangenes singuläres Recht neben den gemeinrechtlichen Bestimmungen bestehen könne, erkennt auch v. Savigny System Bd. I. S. 179. an, und solches steht nun einmal in Praxi fest; Bender Handelsr. §. 160., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 562. (Ed. 6.), Meno Pöhl Handelsr. S. 207. Dasselbe statuirt auch das Preuß. allgem. Landr. Th. II. Tit. 8. §. 697. und die Praxis des K. Bayer. O.-A.-G.; s. Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XIX. S. 13. d. Ergänz.-Bl. [und jetzt allgemein das A. D. Handelsgesetzb. Art. 291.]

Zu 4) Mehrere Rechtslehrer ziehen diese Folge aus der Allgemeinheit des gesetzlichen Verbots, Zinsen von Zinsen zu nehmen, l. 27. D. 42. 1. — l. 26. §. 1. D. 12. 6. — l 20. C. 2. 12. — l. 28. C. 4. 32. — l. 3. C. 7. 54. — Walch Controv. jur. civ. Sect. I. Cap. II. membr. II. §. 24. et aut. ibid. cit., Gebr. Overbeck Medit. Bd. I. no. 31. und die in Glück Thl. XXX. S. 349. Anm. 86. angeführten Autoren. Andere wechseln in ihrer eigenen Meinung; z. B. Thibaut sagt in den früheren Ausgaben seines Systems §. 285. und 518.: „von den nicht eingehobenen Zinsen muß der

Vormund zur Strafe wieder Zinsen geben, sogar dann, wenn er selbst als Schuldner im Rückstande blieb.“ In der 8. Aufl. hingegen §. 411., mit welcher die 9. Ausg. conform ist, ändert er diesen Satz dahin um: „von den nicht eingehobenen Zinsen muß der Vormund zur Strafe Zinsen geben, jedoch nicht, wenn er selbst als Schuldner in Rückstand blieb.“ Glück Thl. XXI. S. 120 f. stimmt der früheren Meinung Thibaut's und anderer S. 121. Anm. 60. und in Thl. XXX. S. 348. und 349. Anm. 83. und 85. angeführter Schriftsteller bei, ändert aber in Thl. XXX. S. 348—353. seine Meinung gänzlich um, indem er da den Vormund durchaus nicht verbunden erachtet, von vernachlässigten Zinsen wieder Zinsen zu zahlen. Die einzig richtige Ansicht möchte wohl diese seyn:

1) die Lehre vom anatocismus wird ganz mit Unrecht in die Frage hineingezogen, denn der Begriff desselben paßt nicht hieher. Der Anatocismus als etwas Unerlaubtes setzt ja immer voraus, daß ebenderselbe Gläubiger von ebendemselben Schuldner, mit dem er contrahirt hat, oder von demjenigen, der ganz an dessen Stelle getreten ist, sich die fälligen Zinsen wieder verzinsen läßt. Jede Novation schließt daher die Möglichkeit des Anatocismus aus. Z. B. wenn der Schuldner dem Gläubiger seinen eigenen Schuldner, welcher ihm gerade so viel schuldig ist, als Capital und Zinsen betragen, delegirt, und nun der Gläubiger dem delegirten Schuldner das verzinsliche Capital stehen läßt, so bekommt er zwar auch zum Theil Zinsen von Zinsen, aber der Schuldner wird dadurch nicht mehr belastet, als er es beim vorigen Gläubiger war, und es ist dies ein ganz neues Geschäft. Ebensowenig wird ein Anatocismus begangen, wenn Jemand für einen Andern Zinsen zahlt, und seine Auslage mit Zinsen wieder fordert. Hier tritt die Parömie ein: „Schuldzahlen macht Hauptgeld.“ Glück Thl. XXI. S. 119., Koch R. d. Ford. Bd. I. §. 16. Zieht der Tutor von einem Schuldner seines Pupillen Zinsen nicht ein, und es fragt sich um seine Verantwortlichkeit für dieselben, so sind sie in Ansehung seiner keine Zinsen, sowie auch, wenn er sie einzieht und nicht wieder gehörig ausleiht. Ist nun der Vormund zugleich Privatschuldner des Mündels, so muß der Jurist nach strengen Begriffen zwei Personen in ihm unterscheiden, nämlich die persona publica tutoris und die persona privata debitoris, zumal die Gesetze es dem tutor zur Pflicht machen, gegen sich selbst in der Eigenschaft eines

Privatschuldners, wie gegen einen Dritten zu verfahren. Was nun derselbe qua debitor als Zinsen schuldet, sind in seiner Qualität als Vormund keine Zinsen, sondern nur Baarschaften oder Ausstände; s. Braun Erörter. zu Thibaut §. 518. Man darf also

2) die Entscheidung der aufgeworfenen Frage lediglich aus dem Vormundschaftsrecht schöpfen. Hiernach ist es ausgemacht, daß der Vormund für die Gefahr des Verlustes bei einem säumigen und endlich insolvent gewordenen Schuldner verantwortlich ist, l. 15. D. 26. 7. — l. 95. §. 10. D. 46. 3. und im Allgemeinen hat er wohl, wenn er erhobene Zinsen oder andere Gelder bei vorhandener Gelegenheit, sie verzinslich auszuleihen, unbenutzt liegen läßt, oder gar sie in eigenem Nutzen verwendet, für die dem Curanden hierdurch entzogenen Nutzungen einzustehen, l. 7. §. 12. D. 26. 7.; allein daraus folgt doch immer noch nicht, daß er schlechthin zu Zinsen und insbesondere aus seinen schuldigen Zinsen wieder Zinsen zu zahlen verbunden sey, vielmehr verpflichtet ihn l. 7. §. 5. u. l. 9. §. 4. D. 26. 7. nur zu den einfachen Zinsen, und l. 12. §. 4. D. 26. 7. weist dem Mündel den Schaden zu, wenn der Vormund das Geld des Mündels nicht ausleihen kann, weil sich kein Schuldner dazu findet.*)

Zu 5) Der alte Haß gegen die Zinsen**) mußte sich natürlich noch steigern gegen Zinsen von Zinsen, durchbrach aber auch die vernünftigen Grenzen. Wenn ich mir von meinem Schuldner die Zinsen zahlen lasse, und ihm denselben Betrag als ein neues Capital vorleihe, so begreift Jedermann, daß hierher das Verbot der Vervielfältigung der Zinsen nicht gezogen werden könne, weil die Zinsen mit der geschehenen Zahlung aufgehört haben zu bestehen. Dagegen schreit man über Anatocismus, wenn ich ohne Umweg, nach dem Wunsche meines Schuldners, die von demselben unbezahlt gelassene

*) Die Gesetze verkennen auch bei anderer Gelegenheit nicht, daß das Ausleihen des Geldes häufig mit einer nicht anzumuthenden Gefahr verbunden ist, daher der malae fidei possessor, wenn er gleich dem Vindicanten sogar fructus percipiendos ersetzen muß, doch nicht zu einer Zinsvergütung für feiernd gelegene Gelder verbunden ist; l. 62. pr. D. 6. 1., Glück Thl. VIII. S. 295., Thibaut System §. 709.

**) S. Cicero de officiis II. 25., wo Cicero den Cato das Geldvermiethen dem Todtschlage gleichstellen läßt; Hugo civil. Magazin Bd. II. S. 144. über die Gründe des bei rohen Völkern entstandenen Hasses gegen die Zinsen.

Zinsensumme ihm als neues Capital creditire. Nach den römischen Gesetzen fällt auch allerdings meine Handlung dann unter das Zinsenverbot; l. 27. D. 42. 1. — l. 26. §. 1. D. 12. 6. — l. 20. C. 2. 12. — l. 28. C. 4. 32. — l. 3. C. 7. 54. Vernünftiger findet man zwar in den deutschen Reichsgesetzen das Verbot darauf beschränkt, daß es nicht den Gläubigern gestattet seyn soll, „um ein kleines Versäumniß der Zeit, so sie der Bezahlung zu thun ansetzen, ein übermäßiges Interesse zu fordern, und mit der Hauptsumme zu steigen und dieselbe umzuschlagen;" s. Reichspolizei-Ordn. v. J. 1530. tit. 26. §. 1. a. E., v. J. 1548. tit. 17. §. 1. und v. J. 1577. tit. 17. §. 1., daher auch mehrere Rechtsgelehrte das Meiste dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen wollen, ob die Handlung sich als wucherlich darstelle oder nicht, und dafür auch einen gemeinen Gerichtsbrauch behaupten; Mevii Dec. P. IV. dec. 213., Boehmer Consult. et Dec. T. II. P. I. dec. 442. no. 8., Quistorp Beitr. no. 25. S. 403., Ayrer D. de arbitrio judicis circa usuras pecun. mutuat. Goett. 1750., Cramer Obs. jur. univ. T. I. obs. 432., Krüll Prüfung einzelner Theile des bürgerl. R. Bd. II. S. 115., Glück Thl. XXI. §. 1135. S. 126. Auch Puchta darf hierher gezählt werden; s. dessen Pand. §. 229. Anm. 11. „Kein Anatocismus ist es, wenn bezahlte Zinsen wieder geliehen werden, oder durch eine Novation (vorausgesetzt, daß sie nicht in fraudem legis geschehen ist) die Zinsen ihre Eigenschaft als Zinsen verloren haben;" vgl. l. 10. §. 3. D. 17. 1. — l. 7. §. 12. D. 26. 7. — Fritz Erl. S. 64. Indessen bleiben Viele dabei stehen, daß die römischen Zinsverbote nicht ausdrücklich aufgehoben seyen, und die neueren nur als daneben bestehende, nicht aber als correctorische Gesetze zu betrachten seyen. Stryck Us. mod. Pand. Lib. XXII. tit. 1. §. 18., Gebr. Overbeck Medit. Bd. II. no. 63., Struben rechtl. Bed. Bd. V. no. 64., Pufendorf Obs. jur. univ. T. III. obs. 68., Bucher R. d. Ford. S. 113., Höpfner Institt. §. 966., S. 1006., Thibaut System §. 198. (Ed. 8.), v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. §. 192. (12.), Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 197., Mackeldey Lehrb. §. 350., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 318., Zimmermann üb. Anatocismus und Interusurium Frkf. 1798., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 87. Anm. 48.

Zu 6) Ein sehr allgemeiner Handelsgebrauch hat dessen Zulässigkeit im kaufmännischen Verkehr, insbesondere im Wechselgeschäft, außer Zweifel gesetzt, und nachdem durch die deutsche Wechselordn. v. J. 1848. Tit. 8. §. 50. u. 51. für den Wechselverkehr 6 Proc. jähr-

licher Zinsen sanctionirt sind, wird der für Merkantilgeschäfte überhaupt in gleicher Maaße bestehende Handelsgebrauch ebensowenig mehr beanstandet werden können [bestätigt durch das A. D. Handelsgesetzb. Art. 292.]. Dieses auch auf Schuldverschreibungen nach Wechselrecht auszudehnen, wofür ein neuerer Gerichtsbrauch gegen die verneinende Meinung, Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 8. th. 10., Curtius Handb. d. Sächs. Civilr. Th. III. §. 1178. behauptet wird, v. Hartitzsch Entscheid. prakt. Rechtsfragen no. 499., Günther zu Haubold Lehrb. d. Sächs. Privatr. §. 269 b. Anm. b., scheint kein hinreichender Grund vorhanden, da bei privilegiis causarum eine willkürlich entlehnte Form nichts entscheiden kann. Ueberhaupt aber sind in den einzelnen deutschen Ländern die Landesrechte und Gewohnheiten des Zinsenmaaßes durchaus verschieden, daher es wohl vorzüglich zu erklären seyn mag, daß sich Reichsgerichtliche Präjudizien sowohl für als gegen den 6. Zinsgulden anführen lassen; s. v. Selchow Rechtsfälle Bd. I. S. 98., Cramer T. I. Obs. 100. §. 1., v. Meiern Gedanken v. d. Rechtmäßigkeit des sechsten Zinsthalers. Von vielen deutschen Ländern,*) in welchen es erlaubt ist, sich höhere als 5procentige Zinsen zu stipuliren, enthält Beispiele Scherer Handb. d. Wechselr. Th. III. S. 579. In der Frage, ob die Ausnahmsfälle, in welchen die römischen Gesetze höhere Zinsen, z. B. 8 und 12 Procent, gestatten oder zur Strafe auferlegen, h. z. T. noch gelten, oder durch den jüngsten Reichsabschied v. J. 1654. §. 174. allgemein als Maximum der Zinsen 5 Procent festgesetzt zu betrachten seyen, ist man nun wohl über die Negative ziemlich einig dahin, daß, nachdem das römische Recht bereits durch das kanonische in Betreff der Zinsen gänzlich abrogirt war, und durch die Reichsgesetze ein weiteres Recht als auf 5 Procent nicht stabilirt worden ist, dieses als das höchste Maaß erlaubter Zinsen gelten müsse,**) Klein merkw.

---

*) Danz Handb. d. deutsch. Privatr. Bd. II. S. 289. behauptet es sogar von den meisten; vergl. de Selchow Elem. jur. priv. germanici hod. §. 473. Ebenso Höpfner Instit. §. 967. S. 1006. — Einen lesenswerthen Rechtsfall über den 6. Zinsthaler s. Elvers prakt. Arbeiten no. V. S. 138. Rostock 1836.

**) Doch ist kein Grund vorhanden, die heutige Anwendbarkeit und Geltung der römischen Bestimmung bei dem Seedarlehn (nauticum foenus) bis auf 12 Proc. Zinsen, sowie der für einige Fälle gegebenen niedrigeren Zins-Normative auf 3 und 4 Proc., l. 31. §. 2. C. 5. 12. — l. un. §. 7. C. 5. 13. — Nov. 22. c. 44. §. 4. — l. 12. pr. C. 3. 31., in Abrede zu stellen; s. Sintenis Civilr. Bd. II. §. 87. S. 102., welch letzterer jedoch Glück a. a. O. S. 101. widerspricht.

Rechtssprüche d. Halle'schen Juristenfacultät Bd. IV. S. 188., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 109., Runde deutsch. Privatr. §. 205., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 317. Anm. r., welchem dann auch Kaufleute, wo nicht Particularrechte und Gewohnheiten ein Anderes mit sich bringen, unterworfen sind; Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 562. (508.), Scherer Handb. d. Wechselr. Th. III. S. 584., Struben rechtl. Bed. Bd. V. no. 127., v. Quistorp Beitr. S. 154., Glück Thl. XXI. §. 1133. S. 103. Auch Thibaut ist von seiner in den früheren Ausgaben seines Systems (s. §. 282. der 3. Aufl.) im Einverständniß mit Leyser Sp. 244. med. 7. und Henne D. de usurar. centesimarum usu hod. in casibus jur. Rom. expressis Erf. 1742. aufgestellten Meinung, „daß da, wo Justinian erlaubt, sich 12 oder 8 Procent zu bedingen, und wo er durch singuläre Vorschriften 12 Procent zu geben befiehlt, eben dies auch noch jetzt als besonderes Recht in seiner Giltigkeit geblieben ist," in den neueren Ausgaben zurückgekommen, in welchen er (s. §. 195. der 8. Ausg.) den Reichsgesetzlichen als allgemeinen Maßstab anerkennt. — Nach dem heutigen Gerichtsbrauch wird erst durch Ueberschreitung des 6., nicht aber schon des 5. Procents die Strafe des Zinswuchers verwirkt. Glück Thl. XXI. S. 135., Leyser Sp. 245. med. 9. Wenn zwar Zinsen verabredet sind, aber das Quantum unbestimmt gelassen worden ist, muß auf die landesüblichen Zinsen erkannt werden, Leyser Sp. 245. med. 7., Koch R. d. F. Bd. I. §. 11. — l. 10. §. 3. D. 17. 1. — l. 37. D. 22. 1. — l. 39. §. 1. D. de leg. I. (30.)*)

Zu 7) Die Nichtschuld der Zinsen läßt sich entweder

1. so denken, daß man aus einer wirklich schuldigen, aber unverzinslichen Hauptschuld aus Irrthum Zinsen bezahlt hat, oder sogar ohne die Existenz einer Hauptschuld. Im letzteren Fall, wo ganz sine causa bezahlt wurde, fällt eigentlich selbst der Begriff von Zinsen weg, als welche ja ohne ein Capital gar nicht gedacht werden können. Dieser Fall hat daher nichts

*) Das Verbot höherer als der gesetzlich erlaubten Zinsen tritt übrigens auch dann ein, wenn die Zinsen statt in Geld in anderen Gegenständen bedungen wurden, doch nicht so indistinct, z. B. wenn statt der Zinsen die Bewohnung eines Hauses überlassen wurde, und der Gläubiger es wirklich bewohnt, so darf nicht darnach gefragt werden, ob die Vermiethung nicht auf einen höheren Betrag zu bringen gewesen wäre. Ebenso, wenn statt der Zinsen die — immerhin ungewissen — Früchte eines Guts eingeräumt wurden; l. 14. 17. 18. C. 4. 32.

Eigenthümliches, sondern steht lediglich unter der allgemeinen Regel, daß nur ein wissentlich bezahltes indebitum nicht, wohl aber das unwissentlich oder aus Irrthum gezahlte condicirt werden kann. Man kann aber in diesem Fall unmöglich annehmen, daß solche Nichtschuld wissentlich bezahlt worden sey; l. 26. §. 2. D. 12. 6. In dem ersten Fall, wo eigentliche Zinsen aus einem wirklich bestehenden, aber unverzinslichen Capital irriger Weise bezahlt wurden, entscheidet l. 26. pr. cit. ganz klar: si quis usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debitae solvit. Hier kommt es also nicht weiter darauf an, ob wissentlich oder unwissentlich gezahlt wurde, denn der Zahlende konnte ja da dem Gefühl der Billigkeit oder der Pflicht der Dankbarkeit folgen. Zwar ist dies bestritten, und zwar — nächst einer wohl nicht relevirenden Abweichung der Lesarten in der Florentina und Vulgata, Walch controv. j. c. Sect. III. cap. VI. §. XII. pag. 675. not. und einem, wie Thibaut Versuche Th. II. S. 152. schon hinlänglich gezeigt hat, offenbar verwerflichen Auslegungsversuch der l. 26. cit., indem man sie blos von wissentlich bezahlter Nichtschuld verstehen will, — hauptsächlich aus dem Grund, daß die l. 26. cit. durch die l. 18. C. 4. 32. aufgehoben sey, Weber Vers. ü. d. Civilr. S. 316. und Höpfner Instit. §. 954. Anm. 1., welchem folgen zu müssen glaubten Thibaut System §. 632. Anm. r., Seuffert Beitr. zur Gesetzg. S. 122., Glück Thl. XIII. S. 98., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 295. Anm. 4., Walch l. c., Mühlenbruch Lehrb. Bd. II. §. 380. Anm. 6., Bauer Opusc. T. II. pag. 294., v. Quistorp rechtl. Bemerk. Bd. I. S. 244. Anm. a., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 617. S. 560. Allein v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 76. Anm. 2. hat den hier zum Grund liegenden Irrthum klar enthüllt, und dadurch die Meinung der älteren Rechtsgelehrten (s. die Citate in Glück Thl. XIII. S. 98. Anm. 2.) in Ansehung der ungeschwächten Geltung der l. 26. cit. siegend wieder hergestellt. Die l. 18. C. 4. 32. hat es nämlich augenscheinlich mit etwas ganz Anderem zu thun, und zwar

II. mit dem Fall, wenn bezahlte Zinsen aus dem Grund, weil sie das gesetzliche Maaß überschritten haben, als ein indebitum condicirt werden wollen. Für diesen Fall hatte nämlich die l. 26. pr. cit. nur unvollständig gesorgt. Der Schuldner hat

da keine unmittelbare Condiction deshalb, sondern konnte sie nur am Capital abziehen; wenn er aber das Capital schon bezahlt hatte, oder wenn die Zahlung der Zinsen und des Capitals gleichzeitig geschehen war, das Capital insoweit er es vermöge des Abschlags der Zinsen nicht mehr schuldig gewesen wäre, zurückfordern. Sonach blieb aber der Fall noch ohne bestimmte Hilfe, wenn die unerlaubten Zinsen erst nach dem Capital entrichtet worden sind, mithin der Zahler sie nicht mehr am Capital in Anschlag bringen konnte. Für diesen Fall nun, si ante sortem solutae non fuerint, ac propterea minuere eam non potuerint, wird exclusa veteris juris varietate die Abhilfe getroffen, daß auch die Zinsen selbst sollen condicirt werden können. Hiermit stimmt überein Gottschalk Disc. for. T. III. cap. 32. pag. 400., v. Hartitzsch Entscheid. no. 497.

Als ganz grundlos ist auch die Meinung von v. Quistorp Beitr. rc. S. 401., Struben rechtl. Bed. Th. III. no. 133., Cramer T. I. Obs. 100. §. 2. und v. Selchow Rechtsfälle Bd. I. S. 99., als könne der 6. Zinsthaler, wenn er einmal bezahlt ist, nicht zurückgefordert werden, zu verwerfen; s. vielmehr Leyser Sp. 245. med. 9., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 109., Glück Thl. XXI. S. 135. und die Anm. 4. angeführten Schriftsteller.

Zu 8) H. z. T. werden weder die Strafen des römischen noch des kanonischen Rechts mehr erkannt, sondern blos die Vorschriften der deutschen Reichsgesetze angewendet, s. die Reichspolizei-Ordn. v. J. 1530. Tit. 26. §. 1—6., v. J. 1548. Tit. 17. §. 1 f., v. J. 1577. Tit. 17. §. 1—6. Andere Arten des unerlaubten Zinsennehmens, z. B. der Zinsen von Zinsen, haben nur die privatrechtliche Folge der Nichtigkeit und folglich der Wiedererstattung; s. Glück a. a. O. S. 134—139.

---

§. 216.

d) Art der Zinsenzahlung und Aufhören derselben.

1) In welchen Münzsorten kann die Zahlung der Zinsen gefordert werden?

2) Wird die Zinsenverbindlichkeit hinsichtlich der Vorjahre aufgehoben, wenn die Zahlung der letzten 3 Jahre oder auch nur des letzten Zinstermines bewiesen wird?

3) Inwiefern wird die Zinsverbindlichkeit durch Verjährung aufgehoben?
4) Wird durch ein dem Schuldner ertheiltes Moratorium auch der Fortlauf der Zinsen gehemmt?
5) oder auch durch das den Erben des Schuldners zustehende beneficium inventarii?

Zu 1) Es ist keinem Zweifel unterworfen, daß obligationsmäßige Zinsen, als Zubehör des Capitals, in den Münzsorten zu bezahlen sind, in welchen die Hauptschuld abzutragen ist; Koch R. d. Ford. Bd. I. §. 12. z. A.; Boehmer novum jus controv. T. II. Obs. 110., Lauhn D. de usuris eadem in bonitate cum sorte solvendis. Jen. 1763., Struben rechtl. Bed. Th. I. no. 168., Leyser Vol. IV. Sp. 243. med. 3. Bei Verzugszinsen leidet dies jedoch eine Ausnahme, indem diese nur in gangbaren Münzsorten bezahlt zu werden brauchen, und zwar in solchen, welche zur Zeit der Verzögerung gangbar waren, weil da erst die Verbindlichkeit dazu entstanden ist; Glück Thl. XXI. S. 75., J. L. Schmidt Abh. v. d. Münzsorten, in welchen eine Geldschuld abzutragen ist, §. 216. u. 222. Bei Darleihen von Oel und Früchten aller Art hat man sich durch die Ungewißheit der Preise bewogen gefunden, Zinsen in demselben Stoffe zuzulassen; l. 23. C. 4. 32. Auch für ein Gelddarlehn kann man sich statt Geldzinsen eine Quantität Naturalien bedingen, nur darf das gesetzliche Zinsmaaß nicht überschritten werden, l. 16. ib.

Zu 2) Die Praxis*) hat aus l. 3. C. de apochis publ. (10. 22.) eine allgemeine rechtliche Vermuthung für die erfolgte Zahlung der Zinsen früherer Zeit abgeleitet, aus der Quittirung des letzten Zinstermins aber nur eine praesumtio hominis für die vorausgegangene Berichtigung der früheren Zinstermine angenommen; Leyser Sp. 530. med. 16. Das preußische Landr. Th. II. Tit. XI. §. 842. hat aber auch sogar diese Vermuthung zu einer Rechtsvermuthung erhoben; Koch a. a. O. Bd. I. §. 12. S. 131. (d. 2. Ausg.) Im Falle, daß der Schuldner eine Zeitlang geringere als die stipulirten Zinsen gezahlt hat, nimmt l. 13. pr. D. 22. 1. u. l. 5. C. 4. 32., wenn dies so fortwährend geschah, ohne daß sich der Schuldner einen Verzug zu Schulden kommen ließ, an, daß in dem usus ein stillschweigender

*) Deren Rationabilität jedoch bezweifelt wird; s. unten Kap. IV. §. 227. Nr. 15.

Vertrag begründet sey. In Ansehung der Zeitdauer nahm das O.=A.=G. in Dresden auch hier eine 3jährige Periode an; s. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. X. S. 186.

Zu 3) Daß bedungene Zinsen durch Verjährung erlöschen können, sowie daß mit der Verjährung der Hauptklage auch die Zinsen verjährt sind, unterliegt keinem Zweifel, l. 26. pr. C. 4. 32., ob es gleich vor Justinian anders war; l. 7. §. 6. C. 7. 39., vergl. oben Bd. I. §. 19. S. 200.

Zu 4) Die Meinungen über diese Frage, welche übrigens nur dann entstehen kann, wenn im Indult selbst nichts darüber bestimmt ist, sind sehr verschieden, und zwar

a) Obligationsmäßige Zinsen betr., kann zwar kein rechtlicher Zweifel, — wie ihn gleichwohl Boehmer Exerc. ad Pand. T. III. Ex. 46. noch hegte — darüber stattfinden, daß der Fortlauf der Zinsen durch das Moratorium nicht, wie Carpzov Jurispr. for. P. II. const. 30. def. 46. sogar bestimmt behauptete, gehemmt werden könne, da ja dasselbe in den Forderungsrechten keine Veränderung hervorzubringen und kein jus quaesitum zu vernichten vermag, sondern nur die Zahlung aufzuschieben bestimmt ist,*) vorausgesetzt, daß für deren künftigen Erfolg genügende Sicherheit geleistet werde; Glück Thl. XXI. S. 69. und die in Anm. 13. angeführten Schriftsteller, welchen noch beizuzählen ist Leyser Sp. XII. corr. I., Schweppe System des Concurses §. 12. Aber zweifelhafter ist es, ob die Zinsen auch während des Moratoriums schon gefordert werden können, oder erst nach dessen Ablauf. Für letzteres scheint zu entscheiden, daß in Ansehung der Zinsen als eines bloßen Accessorii dasselbe Recht gelten müsse, was für den Hauptstock gilt; Walch Contr. jur. civ. pag. 783. §. 6. (Ed. 3.) Allein dagegen wird wohl mit Grund eingewendet, daß dieses Argument zu viel beweise, indem daraus folgen würde, daß man die Zinsen überhaupt nicht eher als nach Abtragung des Capitals zu zahlen brauche, ferner daß ein Moratorium ja nur auf die bei dessen Ertheilung schon bestehenden Schulden und nicht auf künftige Verbindlichkeiten, wozu auch die künftig erwachsenden Zinsen gehören, gerichtet sey, daß auch im jüngsten Reichsabschied v. J. 1654. §. 173. und 174. die Wirkung

---

*) Natura dilationis non est minuere seu mutare obligationem, sed tantum actionem seu potius exactionem differre.

des Moratoriums nur auf die Zinsrückstände, nicht aber auf die künftigen Zinsen erstreckt werde, endlich überhaupt Gnadenrescripte streng und mit möglichster Schonung Dritter auszulegen seyen; Dabelow Lehre vom Concurs der Gläubiger S. 505., Schweppe Syst. d. Conc. §. 13., Glück Thl. XXI. S. 69. Unbestimmt lassen die Frage Muhl von Moratorien S. 274. und Happel Anleit. zum Verfahren, Concursprocesse abzuwenden, §. 56.

b) Verzugszinsen betr., fällt es wohl in die Augen, daß während dem Moratorium ein Verzug nicht beginnen kann, daß aber, wie Schweppe a. a. O. §. 12. behauptet, die Verzugszinsen ganz hinwegfallen sollen, ist mit Grund zu bestreiten, da dem Gläubiger das Recht auf Verzugszinsen bereits erworben worden seyn kann, bevor seinem Schuldner das Moratorium ertheilt wurde, dieses aber doch jura quaesita nicht verletzen darf, Glück a. a. O. S. 69 f., Walch l. c., Voet Comm. ad Pand. Lib. 42. tit. 3. no. 15., Salgado de Samoza Labyrinthus creditorum P. II. c. 30. no. 49—52. Die Preußische Proc.-Ordn. Tit. 47. §. 38. entscheidet hierüber: „auch wenn die Schuld ursprünglich nicht zinsbar gewesen ist, muß dennoch der Schuldner die Verzögerungszinsen von dem gesetzlich bestimmten Termine an, durch die ganze Moratorienzeit, vierteljährig entrichten."

Zu 5) Die verneinende Entscheidung ist wohl keinem gegründeten Zweifel unterworfen. Gemeinplätze, wie mors omnia solvit, ubi nulla actio ibi nulla obligatio, wären hier irrig angebracht. Durch den zufälligen Tod des Schuldners kann conditio creditoris nicht deterior gemacht werden. Das beneficium inventarii kann zwar die Exaction verschieben, aber nicht das Recht des Gläubigers vernichten. Quod differtur, non aufertur. Wenngleich eine Klage nicht angestellt werden kann, bevor die Erbschaft nicht angetreten ist, so bleibt doch das Recht des Gläubigers unverändert, umsomehr, als die Gesetze eine unmittelbare Anknüpfung des Besitzes des Erben an den Besitz des Erblassers auch zum Behuf der Ersitzung statuiren, und den besitzlosen Zwischenraum mit einrechnen, weil es in Folge der durch die Erbfolge begründeten Personeneinheit ebensoviel ist, als ob der Erbe fortwährend in Besitz gewesen wäre. Hereditas jacens personam defuncti repraesentat. Heres succedit in omne jus defuncti, ejusque personam repraesentat. Defunctus et heres pro una persona habentur. Auch durch das beneficium cessionis bonorum wird nach gemeinem

Recht der Zinsenlauf nicht gehemmt; die Klage ruht zwar, aber sie erlischt nicht. Müller ad Leyser T. V. pag. 166. Alia causa est juris quiescentis vel dormientis, cui scilicet, quanquam extinctum non est, obstat tamen impedimentum temporarium, quo remoto jus non tam reviviscere, quam potius efficaciam suam recipere videtur. Hofacker Princ. jur. civ. T. II. 789., Leyser Vol. II. Sp. 133. med. 6.*)

In Ansehung des im Eingang erwähnten Zinsen-Privilegs der Minderjährigen scheint es unnöthig, in einige singuläre Meinungen tiefer einzugehen. Wenn nämlich Mehrere in dem Fall eine Ausnahme von dem gedachten Privileg statuiren, wenn der Schuldner des Minderjährigen die Schuld nicht kannte, s. C. F. A. Weber D. de praerogativa minorum quoad usuras §. 8. Jen. 1784., Müller ad Leyser Obs. 439., so sieht man sich vergebens nach einem gesetzlichen Grund um. Nur in dem Fall, wenn der Pupill ohne Vormund war, wird sein Schuldner in l. 17. §. 3. D. 22. 1. von der Zinsenlast freigesprochen; quid enim potest imputari ei, qui solvere, etiamsi vellet, non potuit?

Die von Mehreren behauptete Erstreckung dieses Privilegs auf Kirchen beruht auf der schon bei anderer Gelegenheit als irrig nachgewiesenen Meinung, als ob in c. 3. X. de in integr. rest. (1. 41.) eine allgemeine Gleichstellung der Kirchen und Minderjährigen begründet sey, s. Erk. d. Cassations- und Revisionshofs zu Berlin in Volkmar Jurisprudenz S. 153.; indessen ist für die Legate zu frommen Zwecken eine besondere Fürsorge getroffen in Nov. 131. c. 12., womit auch die nicht glossirte l. 46. §. 4. C. 1. 3. übereinstimmt; v. Madai Lehre v. d. Mora S. 157.

---

§. 217.

e) Interusurium [Disconto, Rabatt].

Es ist gleichsam das Umgekehrte der Verzugszinsen, und kommt in Betracht, wenn ein Schuldner seine unverzinsliche Schuld früher, als sie fällig wird, mit Zustimmung des Gläubigers abträgt. Da dann der Gläubiger und Schuldner sich gewöhnlich auch über das interusurium verständigen werden, so kommt die Frage über dessen

---

*) Ueber die Frage, ob aus einer irrig bezahlten Hauptschuld, welche eigentlich ein Indebitum war, Zinsen gefordert werden können? s. im besondern Theil Kap. III. Von der condictio indebiti.

rechtliche Berechnungsart höchst selten im Leben vor; etwa bei Berechnung der falcidischen Quart, l. 3. §. 2. l. 88. §. 3. D. ad l. Falcid. (35. 2.), welche jedoch in mehreren deutschen Particulargesetzgebungen aufgehoben ist, oder wenn ein Schuldner, welcher wegen künftiger Zahlung Sicherheit zu leisten schuldig ist und diese nicht aufbringen kann, zur Zahlung mit Abzug des Vortheils der Zeit angehalten werden muß, s. l. 24. §. 2. D. (24. 3.), oder in andern Fällen, wo es auf eine Werthsvergleichung zwischen einem debitum purum und einem creditum in diem ankommt.

Wegen des Vortheils der Zeit (commodum medii temporis s. repraesentationis) vergütet hier der Gläubiger dem Schuldner Zinsen, es wird nämlich dem Gläubiger so viel in Abzug gebracht, daß, wenn derselbe das Empfangene verzinslich anlegt, er mit Zurechnung der daraus zu beziehenden landesüblichen Zinsen (nach der Hoffmann'schen Methode) oder wohl auch der Zinses-Zinsen (nach der Leibnitz'schen Methode) am künftigen Zahlungstermin die ganze geschuldete Summe haben wird. Die Gründe, warum man eine dritte, nämlich die auf einem in l. 88. §. 3. D. 35. 2. behandelten Fall gegründete Carpzov'sche Berechnungsart*) nicht als eine allgemeine gesetzliche Norm betrachten kann, s. v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 587. no. VI., Schrader civilist. Abhandl. S. 179. §. 7., Braun Erörter. zu Thibaut §. 290. Die Leibnitz'sche Methode, welche allerdings mathematisch richtig, und in Sachsen durch ein Kurfürstliches Rescript vom 25. October 1724 officiell anerkannt ist, kann, wie auch in Braun Erörter. rc. §. 289. der früheren und §. 202. der achten Ausgabe, wo sie für die einzig richtige erklärt ist, dennoch anerkannt wird, wenigstens nicht allgemein in Anwendung kommen, Schneidt Sp. arithmeticae ad materiam de usuris etc. applicatae. Wirceb. 1784., sondern nur da, wo durch Banken, Sparkassen und dergl. die, außerdem nicht wohl anzunehmende Gelegenheit gegeben ist, Gelder, auch in kleineren Summen, jederzeit sogleich wieder zinsbar mit voller Sicherheit anzulegen. Dieser Ansicht folgen daher die meisten Rechtsgelehrten, insofern sie das Hoffmann'sche Princip an-

---

*) Nach ihr soll nämlich immer die ganze Summe der in die Zwischenzeit treffenden Nutzungen abgezogen werden. Würde man aber von einer erst nach 20 Jahren fälligen Forderung die 20jährige Nutzung zu 5 Proc. gerechnet, in Abzug bringen dürfen, so hätte man gar nichts zu zahlen, und der Werth einer solchen Forderung wäre = 0. Man muß daher, um nicht zu einem vernunftwidrigen Resultate zu kommen, nicht den Moment der Anticipation, sondern der Fälligkeit zu Grunde legen.

nehmen; v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. §. 200. (28.), Schrader a. a. O., Seuffert Erörter. Abth. I. S. 145., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 269., Mackeldey Lehrb. §. 351., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 587. no. 6., v. Keller Pand. §. 248. Die Hoffmann'sche und Leibnitz'sche Methode stimmen darin überein, daß nach beiden ein Capital zu suchen ist, welches mit Zurechnung der für die Zwischenzeit anfallenden Zinsen desselben dem später zu erlegenden Capitale gleichsteht. Doch kommen nach jener die einfachen Zinsen, nach dieser auch fortwährend die Zinsen der Zinsen in Anschlag. Den Grundsätzen des römischen Rechts scheint eine die Benutzung der Nutzungen nach Leibnitz'scher Art voraussetzende Berechnungsart um deswillen nicht zu entsprechen, weil häufig Rechtsfälle entgegengesetzter Art vorkommen, wo etwas mit Inbegriff der auf eine gewisse Zeit treffenden Nutzungen geleistet werden muß; da nun in solchen Fällen nur die einfachen Nutzungen, nicht aber die Früchte der Nutzungen berechnet werden, so ist es sehr natürlich, daß im umgekehrten Falle, wo die Nutzungen der Zwischenzeit nicht zu-, sondern abgerechnet werden, ein gleiches Verfahren beobachtet und blos die einfache Nutzung angeschlagen werde, s. Unterholzner a. a. O. Daß übrigens der Leibnitz'schen Methode der Vorwurf eines Anatocismus nicht gemacht werden könne, ist nun wohl allgemein anerkannt; Koch R. d. Ford. Bd. I. §. 18. S. 192. (der 2. Ausg.), v. Vangerow a. a. O., Unterholzner a. a. O., vergl. Zimmermann über Anatocismus und Interusurium, Frankfurt 1798., F. Zachariä über die richtige Berechnungsart des Interusurii nach Grunds. d. R. R. Greifswald 1831. Die überaus reichhaltige Literatur über diese Materie, s. Müller Promtuar. jur. Vol. III. pag. 682. und Koch a. a. O. Außerdem ist zu bemerken: C. E. Möckel Berechnungstabellen über das Interusur. bei Kaufgeschäften und Zahlungen auf Tagzeiten, Altenburg 1804., J. Netter Anl. zur richtigen Berechnung des Interusur., Rottenburg 1832., L. O. Bleibtreu polit. Arithmetik 2 Theile, Heidelberg 1845., Keil, d. Interusurium, Jena 1854., Oettinger im civilist. Archiv Bd. XXIX. S. 33.

[v. Keller Pand. §. 248. bemerkt: „Diese beiden Methoden sind arithmetisch vollkommen richtig und verhalten sich zu einander wie einfache und zusammengesetzte Zinsrechnung. Sobald es sich also um irgend bedeutendere Zeiträume handelt, d. h. um solche, welche sich nach Sitte und Uebung nicht mehr nach Monaten, sondern nach Jahren zählen, so muß die eine oder die andere derselben angewendet

werden. Welche von beiden aber juristisch den Vorzug verdiene, das richtet sich danach, ob der Diskontirende auf zusammengesetzte Zinsrechnung einen Anspruch habe. Wird ein solcher nicht begründet, so wird einfache Zinsrechnung als das Gewöhnliche eintreten. Nur in diesem Sinne ist die Hoffmann'sche Methode als die ordentliche und regelmäßige anzuerkennen. Die Natur der Sache aber, d. h. die Wahrheit und Billigkeit des Verkehrs, wird um so häufiger auf die zusammengesetzte Zinsrechnung führen, je länger der auszugleichende Zeitraum ist." — Einzelne Rechtsfragen aus der Lehre vom Interusurium erörtert Petzoldt in d. sächs. Zeitschr. f. Rechtspfl. N. F. Bd. XIX. S. 385—400. und S. 481—516. Die Frage, ob der Schuldner ein Recht auf Abzug des Interusur. dann habe, wenn der Zahlungstag im Interesse des Schuldners beigefügt ist, wird von demselben verneint, und demgemäß dem Schuldner das Recht des Abzugs nur dann zugestanden, wenn entweder der Gläubiger selbst in den Abzug gewilligt hat (s. Arndts Pand. §. 220. Anm. 2., Koch R. d. Ford. §. 18.), oder, wie dies im kaufmännischen oder überhaupt gewerblichen Verkehre nicht selten, die Berechtigung zum Abzuge durch Handelsgebrauch begründet ist. Die l. 10. §. 12. und l. 17. §. 2. D. 42. 8., welche von den Meisten auf das Interusur. bezogen werden (s. Arndts Pand. §. 220. 228. und Sintenis gem. Civilr. Bd. II. §. 124. Anm. 26.), werden von Petzoldt auf das Interesse bezogen: hiernach würde dem Gläubiger, dessen Befriedigung dadurch vereitelt wird, daß der Gemeinschuldner eine betagte Forderung in der Absicht, diesen Erfolg herbeizuführen, vor der Verfallzeit erfüllte, eine Klage auf das volle Interesse gegeben, welches der benachtheiligte Gläubiger an der rechtzeitigen Erfüllung der Obligation hatte, also eventuell selbst auf die Rescission der ganzen Zahlung (a. a. O., S. 481—504.). — Ueber die Berechnung des Interusur. nach Sächs. Praxis wird, im Gegensatz zu der gewöhnlichen Annahme der Leibnitz'schen Methode als der gewöhnlichen und gesetzlichen, ausgeführt, daß weder Gesetz noch Gerichtsbrauch eine ausschließliche Methode festgestellt haben, und daß daher in jedem concreten Falle nach dessen besonderen Verhältnissen, namentlich auch nach dem Zwecke der Berechnung, zu entscheiden sey, ob die Leibnitz'sche oder Hoffmann'sche Methode Anwendung finden solle (a. a. O., S. 514.).]

§. 218.

3. Vom Interesse und Schadenersatz.*)

Cod. VII. 47. de sententiis, quae pro eo, quod interest, proferuntur.

Die Hauptquellen der Verbindlichkeiten, nämlich dolus, culpa, mora und Vertrag, sind auch die Entstehungsgründe der Verbindlichkeit, das Interesse (d. i. im gewöhnlichen und besondern Sinne genommen, die Differenz zwischen dem gegenwärtigen nach einem beschädigenden Ereignisse noch bestehenden Vermögen, und dem Betrag desselben, wie es ohne jenes Ereigniß seyn würde) zu prästiren.

In Verbindung mit der rei aestimatio bezeichnet das Interesse nur accessorische Leistungen, nämlich Vergütung des entbehrten accessorischen Gewinns und des accessorisch zugegangenen Schadens. Im Allgemeinen ist anzunehmen, wem ein damnum injuria datum, ein dolus oder sonst ein Vergehen zur Last fällt, der muß immer das volle Interesse ersetzen; desgleichen wenn Jemand in einem Obligationsverhältniß seine Verbindlichkeit auf eine imputable Weise nicht erfüllt, l. 81. pr. D. 45. 1., und zwar ohne Unterschied des Grades der culpa. Ebenso zieht die mora die Vergütung des omne id quod interest nach sich. Nur vera rei aestimatio wird geleistet, wenn die Verbindlichkeit zum Schadenersatz in einer allgemeinen Billigkeitsregel ihren Grund hat, l. 1. l. 2. §. 4. D. de lege Rhodia (14. 2.) — l. 66. D. 12. 6. — Seuffert Erörter. einzelner Lehren d. röm. Privatr. Abth. I. S. 150.

Daß von einer culpa in non faciendo da nicht die Rede seyn kann, wo weder ein Gesetz noch ein Vertrag zum Thun verpflichtet, ist klar, denn die Unterlassung einer Handlung enthält an und für sich keinen Eingriff in fremde Rechte.**) Handlungen aber können

---

*) [Schömann Lehre v. Schadensersatz. 2 Thle. 1806., Hänel Versuche. Darstellung der Lehre v. Schadensersatz; 1823., v. Wening-Ingenheim Lehre v. Schadensersatz nach R. R.; 1841., Fr. Mommsen Beiträge zum Oblig.-R., 2. Abthlg.: Zur Lehre v. Interesse; 1855. Dazu Recension von Windscheid i. d. Heidelb. krit. Zeitschr. II. (1855.) S. 525 ff., Arndts Pand. §. 206., v. Keller Pand. §. 255—257.]

**) Grund zum Schadenersatz kann jedoch ein solches Unterlassen abgeben, welches als Fortsetzung eines vorausgegangenen Thuns erscheint, so daß erst beides zusammen einen schädlichen Erfolg hat, l. 8. pr. §. 1. l. 27. §. 9. l. 30. §. 3. D. 9. 2.

1) solche seyn, welche nicht zur Schuld imputirt werden können, und da fragt es sich zunächst, ob daraus in keinem Fall eine Ersatzverbindlichkeit für dadurch entstandenen Schaden begründet wird? wogegen

2) bei culposen Handlungen noch die Frage übrig bleibt, ob nur der als unmittelbare nothwendige Folge des beschädigenden Factums entstandene Verlust oder auch der als mittelbare Folge durch Zusammenhang mit anderen äußeren Umständen hervorgegangene Schade ersetzt werden muß; ferner

3) ob nur der positive Schade, oder auch der vereitelte Gewinn zu ersetzen ist?

4) ob auch ein Affectionswerth zu ersetzen ist?

5) In welchen Fällen ist der Beschädigte zum Würderungseid, anstatt des ihm obliegenden Beweises der Größe des ihm zugefügten Schadens, zuzulassen, und geht dieser Eid auch auf das Affectionsinteresse?

6) Kann der Beschädigte den Eid auch ablehnen, ohne bei Ermangelung anderer Beweismittel beweisfällig zu werden?

7) Kann der Richter auch nach abgeleistetem Schätzungseid die Entschädigungssumme noch niedriger festsetzen?

8) In welchen Fällen kommt Justinian's Verordnung, daß der Schade nicht höher als auf das Doppelte des Werths der Hauptsache taxirt werden darf, in Anwendung?

9) In welchen Fällen cessirt die Verbindlichkeit zum Ersatz eines verursachten Schadens? — welchen Einfluß hat die eigene Schuld des Beschädigten darauf? und geht durch eine generelle Verzichtleistung auch der Anspruch wegen doloser Beschädigung verloren?

10) Kann derjenige, welcher Schaden zugefügt hat, verschaffte Vortheile dagegen in Abrechnung bringen?

11) Welcher Zeitpunkt ist bei der Schätzung des Schadens zum Grund zu legen?

12) Nach welchen Ortspreisen richtet sich die Schätzung?

13) Inwiefern kommt auch ein zufälliger Schade (casus mixtus) in Berechnung?

14) Kann derjenige, dem durch ein allgemeines Gesetz früher wohlerworbene Rechte entzogen worden sind, Entschädigung fordern und von wem?

15) Ist der Grundsatz, daß Niemand sich mit, oder aus dem Nachtheil eines Andern bereichern soll, ganz uneingeschränkt?

Zu 1) Thibaut Versuche Bd. II. S. 212. (vergl. Braun Erörter. §. 274. S. 271.) unterscheidet zwischen einer willkürlichen nicht culposen und zwischen einer unwillkürlichen Handlung. In Ansehung der letzteren ist es unzweifelhaft, daß ein dadurch entstandener Schade so angesehen werden müsse, quomodo si casu aliquo sine facto personae id accidisset. l. ult. D. 26. 7., daher man nun auch darüber, daß der durch einen furiosus verursachte Schaden aus seinem Vermögen nicht ersetzt zu werden brauche, gegen die frühere Meinung Einiger (s. die in Glück Thl. I. §. 7. S. 67. Anm. 20. u. Thl. X. S. 294. angeführten Schriftsteller, desgl. Diedemann Obs. jur. civ. de damno et pauperie Cap. I. u. Wehrn Doctr. jur. explicatrix princ. et caus. damni pag. 8.) wohl allgemein einig ist; Hänel Darstellung der Lehre vom Schadenersatz §. 10., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 571. Anm. 2. und die dort angeführte Literatur; Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 71., Glück a. a. O., Thibaut Versuche Th. II. S. 212., versteht sich jedoch nach Hellfeld Jurispr. for. Lib. IX. tit. 1. §. 695. quamvis adversus negligentes in custodiendo detur actio ex lege Aquilia, vergl. v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilr. Bd. II. S. 24. (§. 15.) und dessen Sohn J. N. v. Wening-Ingenheim Lehre vom Schadenersatz §. 56. Daß aber aus einer freien (willkürlichen) und schuldlosen Handlung eine Verbindlichkeit zum Schadenersatz entstehen könne, wie Thibaut a. a. O. dafür hält, möchte sich aus der dafür angeführten l. 25. §. 2. D. 36. 1. wohl nicht deduciren lassen. Der dort behandelte Fall ist nämlich dieser: A. hatte seinen Sohn B. zum Erben eingesetzt, ihm aber in einem Codicill, dessen Eröffnung erst nach des Sohnes Tode geboten war, zur Pflicht gemacht, wenn er ohne Kinder sterben sollte, die Erbschaft seiner Schwester C. herauszugeben. Nun hat B. in seinem später errichteten Testament einem zu jener Erbschaft gehörigen Sclaven die Freiheit ertheilt. Jetzt fordert aber die C., nachdem sie zur Fideicommißerbschaft gelangt war, von den Erben des B. den Werth des Sclaven, und es wird entschieden: sie seyen allerdings schuldig, den Werth zu ersetzen, selbst wenn der Sohn das väterliche Codicill nicht gekannt hätte.

Dagegen ist allerdings nichts einzuwenden, aber in die Lehre vom Schadenersatz wird diese Gesetzstelle unpassend hereingezogen; denn

die Verbindlichkeit, das Interesse zu prästiren, wenn der Sclave nicht mehr gegeben werden konnte, ist ja eine obligatio ex testamento und nicht ex aliquo facto. Die bereits vorhandene Verbindlichkeit wird ja dadurch nicht aufgehoben, daß der Verpflichtete sich wissentlich oder unwissentlich außer Stand setzt, sie zu erfüllen.

Zu 2) Von den verschiedenen Meinungen hierüber sind vorzüglich folgende zu bemerken.

Manche statuiren die Erstreckung der Verbindlichkeit zum Ersatz des Schadens*) auf das indirecte Interesse nur bei Delictsobligationen und dolosen Beschädigungen; Koch R. d. Ford. Bd. I. §. 28.

Schömann Lehre vom Schadenersatz Bd. II. S. 95. läßt sie nur zu, wo Eigenthum beschädigt oder vorenthalten wird; s. dagegen Heidelberger Jahrbücher 1808. S. 86. und Gesterding Ausbeute von Nachforschungen Thl. I. S. 3. — Von dem durch Verzug verursachten Schaden behauptet Madai Lehre v. d. mora S. 386. bezüglich l. 21. §. 3. D. 19. 1., daß der Säumige nur das Interesse circa rem, nicht aber extra rem zu prästiren habe, wofür auch l. ult. D. 18. 6. zu sprechen scheint. Andere Variationen der Meinung s. v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 571. Anm. 3., welcher wohl mit Recht bemerkt, daß die eben bemerkte Terminologie zu Mißverständnissen geführt hat. [Vergl. auch Mommsen Beitr. z. Oblig.-R. 2. Abth. §. 15. 24—26. u. Arndts Pand. §. 206. Anm. 4.] Man kommt nämlich zu ganz falschen Resultaten, wenn man sich unter res den Gegenstand selbst, von dessen Leistung die Rede ist, denkt, und unter extra rem alles das versteht, was außer demselben liegt. Man muß sich vielmehr unter res das factum denken, so daß jeder, gleichviel ob unmittelbar oder mittelbar aus demselben mit Nothwendigkeit und nur aus demselben hervorgegangene Schaden als ein damnum circa rem (vielmehr circa factum) zu betrachten ist. Das Interesse ist nämlich gewöhnlich etwas, das neben dem eigentlichen Gegenstande der Verbindlichkeit in Folge einer Zweckverbindung besteht, und liegt eben darin, daß jener Zweck uns auf eine schädliche Weise vereitelt oder vernichtet worden ist. Nur durch dieses Verbundenseyn kann ein Causalverhältniß, und also auch ein mittelbarer Schade entstehen. Dieses Verbundenseyn muß jedoch äußerlich erkennbar seyn,

*) Obgleich das deutsche Wort Schaden nur das damnum positivum ausdrückt, so wird doch nach der juristischen Terminologie unter der Verurtheilung in alle verursachte Schäden auch der entgangene Gewinn verstanden; Glück Thl. IV. S. 447. Anm. 48., Hommel Rhaps. Vol. IV. obs. 522.

um als vorhanden angenommen werden zu können; ist es aber factisch vorhanden,*) wie denn immer das concrete Verhältniß in das Auge gefaßt werden muß, s. l. 21. §. 2. D. 9. 2. — l. 1. pr. D. 19. 1. — oder durch Willenserklärung gegeben, so kann die Ersatzverbindlichkeit des mittelbaren Schadens keinem vernünftigen Zweifel unterliegen. Ersteres ist z. B. der Fall, wenn mir Jemand ein Pferd aus einem Viergespann tödtet, durch dessen Verlust auch der Werth meiner übrigen Pferde beträchtlich schwindet, l. 22. §. 1. D. 9. 2., Gmelin D. de singulari jure rerum plurium Tub. 1814., oder wenn durch Expropriation mein Garten in der Mitte durchschnitten wird, so daß die übrigbleibenden Stücke keinen Garten mehr bilden können, oder wenn mir durch ein zu kaufen gegebenes krankes Vieh meine ganze Heerde angesteckt wird, l. 13. §. 1. D. 19. 1.

Letzteres ist der Fall, wenn mein Schuldner die ihm auferlegte Verbindlichkeit, zu bestimmter Zeit an meinen Gläubiger zu zahlen, unerfüllt läßt, und ich dadurch in den Fall einer Conventionalbuße gerathe, oder das Pfand, welches ich meinem auf diese Weise unbezahlt gebliebenen Gläubiger gegeben hatte, mit großem Verlust für mich veräußert wird; l. 2. §. 8. D. 13. 4. — l. 22. pr. D. 9. 2. — l. 3. D. 13. 1. — l. 118. §. 2. D. 45. 1., oder wenn ich Waaren auf einen Meßplatz oder zu einer bestimmten Zeit zu liefern bedungen habe, und mir dieselben nicht an den rechten Ort oder zur rechten Zeit geliefert werden. In diesen Fällen bin ich berechtigt, nicht blos Verzugszinsen, sondern vielmehr den Schaden ersetzt zu verlangen, welchen ich durch Verhinderung des vortheilhaften Wiederverkaufs erleide. Hätte ich aber ohne jene mit einem gewissen Zweck in Verbindung stehende Bestimmung mir z. B. Wein oder Getreide oder was immer bestellt, so würde ich nicht für einen entgangenen Handelsgewinn Schadloshaltung fordern können, l. 21. §. 3. D. 19. 1. — l. ult. D. 18. 6., und ebensowenig könnte der Verkäufer nach l. 19. D. 18. 6. von dem säumigen Käufer weiter etwas als die Verzugszinsen blos aus einem allgemeinen Vorgeben, daß er mit dem zur rechten Zeit bezahlten Kaufgeld einen größeren Gewinn machen könnte, fordern. So verhält es sich nach den römischen Gesetzen, l. 21. §. 2. l. 22. §. 1. l. 23. pr. D. 9. 2. — §. 10. J. 4. 3. — l. 13. §. 1. D. 19. 1. — l. 8. D. 21. 2. — l. 2. §. 8. D. 13. 4. — l. 19.

*) So entscheidet l. 7. l. 30. D. 19. 2. Hatte der Miether bereits eine Aftermiethe abgeschlossen, so kann er, falls die Benutzung ihm nicht prästirt wird, den Gewinn in Anspruch nehmen, den er durch die Aftermiethe hätte erreichen können.

§. 1. D. 19. 2., und deren gewöhnlicher Erklärungsart, Donell. Comm. Lib. XXVI. cap. 23., Glück Thl. IV. §. 332., Seuffert Erörter. einzelner Lehren d. röm. Privatr. Abth. I. S. 153., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 263., Braun Erörter. zu Thibaut §. 275., Schweppe röm. Privatr. Bd. I. S. 467. §. 203., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 571. Anm. 3. no. 2.; anders aber nach dem Reichsdeputations-Abschied v. J. 1600. §. 139., wo neben der Festsetzung der Verzugszinsen auf 5 Proc. weiter ohne besonderen Unterschied der einzelnen Fälle verordnet ist: „oder aber, da dem Creditori solche 5 Gülden nicht annehmlich, sondern er vermeinen wollte, tam ex lucro cessante quam damno emergente ein mehreres zu fordern, daß ihm alsdann sein ganzes Interesse zu deduciren, gebührlich zu liquidiren und zu bescheinen und der richterlichen Erkenntniß darüber zu gewarten unbenommen seyn soll;" Emminghaus Corp. jur. Germ. pag. 436., Arndts Pand. §. 206. Anm. 2. Dies ist auch wohl die sicherste Entscheidungsquelle, da über die römischen Rechtsnormen, namentlich der l. 21. §. 3. D. 19. 1., so manche Erklärungsarten sich denken lassen; Treitschke der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel §. 63. und dagegen Kritz Samml. v. Rechtsfällen Bd. III. S. 289.

Zu 3) Was bisher von mittelbarem Schaden gesagt wurde, muß auch hier gelten, denn entzogener Gewinn ist immer ein mittelbarer Schade. Aber freilich divergiren auch hier die Ansichten. Hellfeld's irrige Meinung: daß wegen eines damnum negativum nur dann eine Klage stattfinde, wenn dasselbe aus einem vorhergehenden damnum positivum entstanden ist, s. dessen Jurispr. for. Lib. II. tit. 14. §. 318., hat bereits Glück Thl. IV. S. 314. mit der Bemerkung widerlegt, daß ich ja auch unstreitig auf das Interesse klagen kann, wenn Jemand einen Verstorbenen gehindert hat, ein Testament zu machen, in welchem mich derselbe zum Erben einsetzen wollte. — Glück selbst a. a. O. S. 447. (vergl. jedoch Bd. XII. §. 813.) und nach ihm Koch R. d. Ford. Bd. I. §. 28. hält nur den zum Ersatz eines entzogenen Gewinns verbunden, welchem dolus, culpa lata oder contumacia, nicht aber wem nur culpa levis zur Last fällt. — Gesterding Ausbeute v. Nachforschungen Thl. I. S. 20. nimmt dagegen an, das lucrum interceptum müsse in der Regel vergütet werden, jedoch nicht bei Geldschulden, ausgenommen, wenn ein bestimmter Zahlungsort verabredet war. Allein gerade bei Geldschulden läßt ja der oben angeführte Speyerer Deput. Absch. v. J. 1600 §. 139. die Liquidirung des lucrum interceptum zu. Unbestritten ist der entzogene

Gewinn zu ersetzen, wenn die eingegangene Verpflichtung geradezu auf Gewährung des Interesse gerichtet war, z. B. bei der stipulatio rem ratam dominum habiturum. l. 13. pr. D. 46. 8. Uebrigens geht die Meinung der meisten Rechtsgelehrten, und gewiß ganz den Gesetzen gemäß, l. 33. pr. D. 9. 2. — l. 2. §. 8. D. 13. 4. — §. 10. J. 4. 3. — l. 19. §. 1. l. 33. D. 19. 2. — l. 11. pr. D. 36. 1. — l. 2. §. 11. D. 43. 8. — l. 1. §. 41. D. 43. 16. — l. 7. C. 5. 51. — l. un. C. 7. 47. dahin, daß der durch eine widerrechtliche Handlung entzogene Gewinn allemal ersetzt werden müsse, wenn nur das Causalverhältniß gehörig feststeht, und die Herbeiführung des Gewinns nicht zweifelhaft erscheint. Sowie nämlich der positive Schade nur dann, wenn er unabwendbare Folge der verletzenden Handlung war, ersetzt zu werden braucht, so wird beim negativen Schaden vorausgesetzt, daß das lucrum interceptum nicht neben der verletzenden Handlung noch erreichbar, l. 21. §. 3. D. 19. 1. — l. 19. D. 18. 6. — l. 2. C. 5. 53., sondern nur bei der Abwesenheit der widerrechtlichen Verhinderung möglich, dann aber auch nicht blos möglich, sondern nach dem ordentlichen Lauf der Verhältnisse begründet war; Donell Comm. Lib. XXVI. cap. 23., Höpfner Instit. §. 968., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 25. (§. 16.), Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 203., Braun zu Thibaut §. 275., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 571., Mommsen Beiträge z. Oblig.-R. 2. Abth. §. 2. 14. Bloße Hoffnung eines Gewinns kann freilich nicht hinreichen, v. Hartitzsch Entscheid. no. 207., aber mit Recht wird nach v. Vangerow a. a. O. auch nicht absolute Gewißheit verlangt, sondern für genügend erachtet, wenn die Aussicht zum Gewinn so gegründet war, daß nur außerordentliche Ereignisse sie hätten vereiteln können,*) l. 2. C. 5. 53. Judex de veritate cognoscat, quae etiam argumentis liquidis investigari potest. Auch der von v. Hartitzsch a. a. O. für seinen Satz angeführte Glück Thl. IV. S. 450. läßt den Kläger, wenn er wahrscheinliche Gründe seines geforderten Interesse anzugeben im Stande ist, ohne Schwierigkeit zum Schätzungs- oder Erfüllungseid zu, je nachdem es die Umstände erfordern. Einigermaßen abweichend von den bisher entwickelten Grundsätzen ist es, wenn v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 26., indem er

---

*) Derselben Ansicht ist auch wohl Sintenis Civilr. Bd. II. §. 86. S. 71., indem er im Interesse denjenigen Gewinn begreift, welcher menschlich sicherer Voraussicht nach ohne jenes Ereigniß eingetreten wäre, oder vom Gläubiger als beabsichtet, und jener zufolge annehmbar erscheint.

darin übereinstimmt, daß sowohl der positive Schaden als der entgangene Gewinn in Anschlag zu bringen sey, beifügt: „bei dem positiven Schaden wird auch das damnum extra rem gewürdigt und ersetzt." Aehnlich Puchta Pand. §. 225. mit Beziehung auf l. 33. pr. D. 9. 2. — l. 21. §. 3. D. 19. 1. — l. 19. D. 18. 6. „nur der Nachtheil kommt in Anschlag, welcher durch das beschädigende Ereigniß selbst (unmittelbar oder mittelbar) wirklich hervorgebracht worden ist. Der durch individuelle Umstände und Verhältnisse vermittelte Verlust wird der Regel nach nur bei dem positiven Schaden berücksichtiget, wo sich denn auch der Causalzusammenhang sicher ermitteln läßt, nicht hinsichtlich des entgangenen Gewinns, bei welchem nur der gemeine durch die Sache und ihre allgemeine Bestimmung selbst gegebene (utilitas circa rem ipsam) in Anschlag kommt;" s. dagegen Sintenis Civilr. Bd. II. §. 86. Anm. 72.*)

Zu 4) Einige lassen das Affections-Interesse berücksichtigen, wenn die Klage eine actio bonae fidei ist, Schweppe a. a. O. Bd. I. §. 203. S. 467., Gans Obl.-R. S. 119. Andere nur in casu doli, Mackeldey Lehrb. §. 344., Gesterding Nachforschungen Bd. I. S. 27., Glück Thl. IV. §. 333., Thl. XII. §. 816. Die richtigere, den Gesetzen, l. 33. D. 9. 2. — l. 63. pr. D. 35. 2. — l. 6. §. 2. D. 7. 7. — l. 1. §. 15. D. 38. 5. — l. 13. pr. D. 46. 8. gemäße Meinung ist wohl diese, daß der Affectionswerth**) niemals zu berücksichtigen sey, auch nicht in judiciis bonae fidei, und weder bei dolos noch culpos verursachtem Schaden, denn die von den Gegnern angeführte l. 54. pr. D. 17. 1. sagt, wie von Donell. Comm. Lib. 26. c. 15., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 571. S. 48. u. Mommsen

---

*) [Vergl. A. D. Hand-Gesetzb. Art. 283.]

**) In l. 33. D. 9. 2. u. l. 63. pr. D. 35. 2. wird dies so ausgedrückt, daß der Werth einer Sache nicht ex utilitate singulorum zu bestimmen sey. Dies könnte, wie Sintenis a. a. O. Anm. 22. bemerkt, leicht mißverstanden werden, z. B. ein Blinder hatte einen Hund, der so abgerichtet war, daß er ihn sicher durch Stadt und Land führte. Wird ihm dieser nun widerrechtlich getödtet, so kann er allerdings den durch die besonderen Eigenschaften des Hundes begründeten Werth fordern, welchen er nicht für einen Einzelnen (denn so ist das singuli nach den gesetzlichen Beispielen zu verstehen), sondern für Jeden hat, der diese Eigenschaft zu benutzen in der Lage ist. Zwischen dem bloßen Affectionswerth und dem gemeinen Werth einer Sache liegt nämlich noch etwas in der Mitte, d. i. der reelle Werth, den die Sache für ihren Besitzer hatte, und dieser ist allerdings wohl Gegenstand der Schätzung. Beispiele s. l. 22. pr. D. 9. 2. — l. 67. §. 1. D. 47. 2. — l. 66. §. 4. D. de legat., II. (31.), Mommsen Beitr. z. Obl.-R. II. S. 214.

Beitr. z. Oblig.=R. §. 14. S. 133. überzeugend ausgeführt ist, nicht, daß der Beschädiger die zerstörte Sache nach ihrem Affectionswerth ersetzen müsse, sondern nur, daß auch Affectionswerth hinreiche, um einem Rechtsgeschäft, welches bekanntlich ohne alles Interesse hinfällig seyn würde, rechtliche Wirksamkeit zuzusichern. Damit stimmen überein: Sintenis Civilr. Bd. II. §. 86., Puchta Pand. §. 220. Anm. l. §. 225., Thibaut System §. 188., Braun Dictaten zu §. 275., v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 25., v. Berg jurist. Beobacht. und Rechtsfälle Thl. I. no. 16. Eine Ausnahme wird von Donell und Andern nur in den Fällen des Würderungseids gemacht, wovon nun

Zu 5) zu sprechen ist. In Ansehung der rechtlichen Voraussetzungen des Würderungseids ist

a) die von Drummer in s. gekrönten Preisschrift: die Theorie des Würderungseids §. 10. verfochtene Meinung, als sey Ungehorsam in der Restituirung der einzige positive Grund des Würderungseides (wofür ganz irrig Stryck Us. mod. Pand. Lib. XII. tit. 3. §. 1. angeführt wird), ohne Nachfolge geblieben. Aus vielen Gesetzen wird nicht nur contumacia, sondern auch dolus als die rechtliche Voraussetzung der Zuläßigkeit des Würderungseides nachgewiesen; l. 2. §. 1. l. 8. l. 10. D. 12. 3. — l. 1. l. 4. C. 5. 53. — l. 68. D. 6. 1. — l. 25. §. 10. D. 5. 3. — l. 27. §. 3. D. 6. 1. — l. 5. §. 2. D. 10. 4. — l. 7. pr. D. 26. 7., Glück Thl. XII. S, 405.

b) Daß derselbe in allen actiones bonae fidei stattfinde, wird zwar von Vielen mit Beziehung auf l. 5. pr. D. 12. 3. und l 3. §. 2. D. 13. 6. behauptet, Glück a. a. O. S. 415., v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 27. (§. 17.), Mackelbey Lehrb. §. 344., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 257. Anm. i., v. Keller Pand. §. 257.; es ist aber dagegen von Andern nachgewiesen, daß die Gesetze überall nur die Fälle der arbitrariae actiones und solcher act. bonae fidei bezeichnen, die auf ein restituere oder exhibere gerichtet sind, l. 1. l. 2. l. 4. §. 4. l. 5. pr. l. 6. D. 12. 3. — l. 25. §. 1. D. 24. 3. — l. 18. pr. D. 4. 3. — l. 16. §. 3. l. 21. §. 3. D. 20. 1. — l. 7. D. 8. 5. — l. 68. D. 6. 1. — Hasse im Rhein. Museum Bd. VI. S. 27., Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. VII. S. 356., Bd. VIII. S. 159., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 174. und die in Glück a. a. O. S. 416. Anm. 32. angeführten Schriftsteller, außerdem ein juramentum in litem nur als

subsidiäres Beweismittel vom Richter aufgegeben werden kann, wenn ihm die litis aestimatio sonst unmöglich ist,*) weil z. B. der Streitgegenstand gar nicht mehr existirt, und diese Unmöglichkeit durch eine culpa des Beklagten herbeigeführt ist, l. 5. §. 4. l. 6. D. 12. 3., v. Vangerow a. a. O. Mehrere unterscheiden daher ein juram. in litem veritatis als für diejenigen Fälle gegeben, in welchen das s. g. juramentum in litem affectionis oder das blos subjective Ermessen des Werths nicht statthabe, wie in act. stricti juris und bei Beschädigungen ex culpa levi; vergl. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 29., Glück a. a. O. §. 815. — Unbestreitbar lehrt Puchta Pand. §. 226. „die Voraussetzungen des Würderungseids sind: 1) dolus (culpa lata) oder contumacia des Beklagten; 2) eine Klage auf Restitution oder Exhibition, vergl. v. Savigny System Bd. V. S. 145. Bei anderen ist er nur zulässig, wenn der Werth sonst schlechterdings nicht ermittelt werden kann, damit der dolus des Andern nicht ungeahndet bleibe, l. 5. l. 6. l. 9. D. 12. 3. 3) Ungewißheit des Schadens. Hierbei berichtigt der scharfsinnige und gelehrte Verfasser die gewöhnliche Vorstellungsart, als ginge der Würderungseid blos auf die Größe des Schadens, dessen Existenz jedoch durchaus auf andere Art bewiesen werden müsse, v. Hartitzsch Entscheid. no. 484., Glück a. a. O. S. 473. dahin: „der Würderungseid geht nicht auf den Grund der Klage, der vielmehr auf die gewöhnliche Art bewiesen werden muß, sondern auf die Größe des Schadens, wovon aber die Existenz eines Schadens überhaupt (unterschieden von der zum Grund der Klage gehörigen Verschuldung) nicht zu trennen ist.“ Vergl. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 27. „die schädliche Handlung selbst muß bewiesen und aus dolus oder culpa lata entstanden seyn.“

c) Daß der Würderungseid nur stattfinde, wenn das restituere oder exhibere eine bewegliche, nicht aber wenn es eine unbewegliche Sache betrifft, haben Mehrere aus der l. 48. §. 1. D. 19. 2. geschlossen, weil es da heißt: qui servum conductum vel aliam rem *non immobilem* non restituit, quanti in litem juratum fuerit, damnabitur. Faber Rational. in Pand. l. 48. §. 1. D. locat.,

*) Wo es dem Richter möglich ist, ist die richterliche Arbitrirung der Größe des Schadens einem Erfordern des juram. in litem vorzuziehen, da nach l. un. C. 7. 47. doch das Meiste dem arbitrium judicis überlassen ist; v. Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. I. no. 50., Leyser Sp. 146. med. 5.

Walch Controv. j. c. pag. 766. (Ed. 3.), Thomasius D. de pretio affectionis Cap. 3. §. 33. Da man sich aber rationell mit einem solchen Unterschied nicht befreunden kann, so muß man wohl, wenn man auch nicht geradezu das non immobilem im florentin. Msc. um deswillen mit Thibaut System §. 1166. der früheren Ausgaben zu streichen wagt, weil es in vielen Vulgat-Manuscripten nicht steht, doch mit Rücksicht auf andere Gesetzstellen annehmen, daß dort die beweglichen Sachen nur als die gewöhnlichen erwähnt seyen, wodurch die in Betreff von Immobilien allerdings ungewöhnlichen aber doch möglichen*) Fälle nicht gerade ausgeschlossen sind; Glück a. a. O. S. 438., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 259.

d) Gegen die Erben findet der Würderungseid nicht wegen des vom Erblasser begangenen Ungehorsams oder Dolus, wenn nicht gegen diesen schon bei Lebzeiten lis contestirt war, sondern nur wegen ihres eigenen statt, l. 4. l. 5. C. 5. 53., Glück a. a. O. S. 459.; dagegen wird dem Erben als Kläger so gut, wie dem Erblasser, welchen er repräsentirt, die eidliche Würderung zugestanden; Glück a. a. O. und die Anm. 100. angeführten Schriftsteller. So kann auch der eidlichen Würderung des dem Curanden zugefügten Schadens durch dessen Curator nicht die l. 7. D. 12. 3. alium non posse jurare, quam eum, qui litem suo nomine contestatus est, entgegengesetzt werden, l. 4. pr. D. 12. 3. Glück a. a. O., daher auch nicht dem Vater, der das Sondergut seiner Kinder verwaltet, Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 260., Glück a. a. O. S. 452., Berger Oecon. jur. Lib. IV. tit. 25. §. 3. not. 6., Wehrn Doctr. jur. explicatrix etc. §. 65. pag. 412.

e) In Ansehung der Frage: was der Kläger durch das jur. in litem zu schätzen hat, ist man wohl darüber einig, daß er sein wirkliches besonderes Interesse, quanti res est und quanti actoris interest eidlich zu bewahrheiten hat, ob er aber in der letzteren Beziehung auch seine Affectionen berücksichtigen dürfe, ist zweifelhaft. Für die bejahende Meinung, welche sich vorzüglich auf l. 54. pr. D. 17. 1. — l. 1. l. 4. §. 2. D. 12. 3. — l. 68. D. 6. 1. stützt, ist anzuführen: Glück a. a. O. S. 421—427., Mackeldey Lehrb. §. 344., v. Wening-Ingenheim Lehrb.

---

*) Man setze z. B. den Fall, es habe Jemand ein Gebäude, welches er restituiren sollte, boshafter Weise in Brand gesteckt.

Bd. II. S. 28., Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 204. S. 474., Hellfeld Jurispr. for. Lib. XII. tit. 3. §. 813., Müller Versuch über den Schätzungseid §. 1., Walch Controv. j. c. Sect. IV. Cap. 2. §. 20., Weber über die Verbindl. zur Beweisführung im Civilproc. S. 344., Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 260. no. 7., vgl. die obige Note*) zur Fr. 4. S. 81. Für die verneinde Meinung, nämlich für die Beschränkung des Würderungseids auf das individuelle Vermögensinteresse, haben sich bezüglich l. 63. pr. D. 35. 2. — l. 6. §. 2. D. 7. 7. — l. 1. §. 15. D. 38. 5. — l. 33. D. 9. 2. entschieden: Gensler im civil. Archiv Bd. IV. S. 293., Wirsching er Versuch einer neuen Theorie über das juram. in litem §. 33., Drummer Theorie des Würderungseides §. 14., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 171., Bd. III. §. 571. S. 48., Schilling Lehrb. Bd. III. S. 82. Anm. Vgl. auch v. Keller Pand. §. 257. In Praxi wird diese Streitfrage von geringem Einfluß seyn, da sowie bei ästimatorischen Injurienklagen der Aestimation, so hier dem Würderungseid des Klägers unbestrittenermaßen nach l. 4. §. 3. l. 5. D. 12. 3. durch das arbitrium des Richters eine Grenze gezogen wird, über welche hinaus der Kläger nicht schwören kann.*) Indessen ist für solche Fälle, in denen der Würderungseid nicht zulässig ist, eine andere Erleichterung des Beweises zu beachten. Wo nämlich wissentlicher und willkürlicher Vertragsbruch die positive Ermittelung des dadurch dem Andern zugefügten Schadens unmöglich macht, muß für die alsdann eintretende aestimatio a judice facienda Probabilität genügen, arg. l. 12. D. 19. 1. wie z. B. wenn der Verpachter eines Gasthofs seine Verbindlichkeiten gegen den Pachter zu erfüllen, durch willkürlichen Verkauf desselben sich schuldhaft außer Stand gesetzt hat.

---

*) Ueber einige zum Theil nur scheinbare Abweichungen des für Fälle gewaltsamer Entsetzung gegebenen juramentum Zenonianum l. 9. C. 8. 4. — cap. fin. X. de his, quae vi (1.40.) ist zu vergleichen v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 171., Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. VII. S. 409., Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 261. VIII., Puchta Pand. §. 226., Leyser Sp. 146. med. 5. Keine Abweichung ist es nämlich, daß nur die verübte Gewaltthätigkeit bewiesen zu werden braucht, was aber durch dieselbe zu Verlust gegangen, und wie viel es werth gewesen (der Schade) durch den Eid hergestellt wird. Abweichend aber ist die Beschränkung, daß der Eid nur im Mangel nderer Beweismittel und dabei immer noch richterliche Schätzung eintritt.

f) Ueber die Frage: ob der Schätzungseid in dem Fall, wenn der Beklagte die Hauptsache jussu judicis bereits restituirt hat, oder sie ihm manu militari abgenommen worden ist, dann noch selbständig wegen des übrigen Interesse zuzulassen ist, oder ob dann die Schätzung dem Richteramt anheimfällt, läßt l. 68. pr. D. 6. 1. Zweifel zu. Das Erstere vertheidigt v. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. VII. S. 394., weil der Beklagte auch bei unvollständiger Restitution immer noch in contumacia vel dolo versire, das Gegentheil wurde aber von der Facultät Erlangen und vom A.-G. in Zerbst angenommen, weil die für die erstere Meinung zu allegirenden Gesetzstellen durchaus nur den Fall vor Augen haben, wo die Hauptsache noch nicht restituirt ist, folglich Haupt- und Nebenforderung noch ungetrennt bestehen; s. Nehrhoff Archiv Bd. I. S. 329.

Zu 6) Auch wenn dem Kläger schon rechtskräftig der Würderungseid aufgetragen ist, steht es ihm noch frei, wenn er nicht schwören will, dem richterlichen Ermessen die Schätzung des Schadens anheimzustellen; l. 71. D. 6. 1. — l. 2. C. 5. 53., Glück Thl. XII. S. 453., Schweppe a. a. O. Bd. I. S. 473., Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 260. no. 6., was denn auch bei dem Vormund eintritt, welcher nicht wider Willen zum Schätzungseid gezwungen werden kann; l. 4. pr. D. 12. 3.

Zu 7) Daß der Richter auch die beschworene Schadenssumme noch moderiren könne, stellen manche Rechtsgelehrte vermöge l. 5. §. 2. D. 12. 3. als eine ganz arbitrarische Befugniß des Richters auf, s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 28. (§. 17.), Richter Aufsätze über verschied. Rechtsfragen S. 20., Schilling Lehrb. f. Inst. Bd. III. §. 239. Allein sowie dies aus l. 18. D. 4. 3. u. l. 3. §. 2. D. 10. 4. nicht bestimmt hervorgeht, so wollte dies auch gewiß die l. 5. cit. nicht schlechthin sagen, denn in der vorhergehenden l. 4. §. 3. sind ja die besonderen Voraussetzungen angegeben, unter welchen er dies nur kann: sc. ut ex magna causa et postea repertis probationibus possit. v. Keller Pand. §. 257. Außerdem muß er auf die beschworene Summe condemniren, l. 68. D. 6. 1. wie dies auch beim zenonianischen Eid der Fall ist; l. 9. C. 8. 4., Schweppe a. a. O. §. 204., Glück Thl. XII. S. 444. u. 467., Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 260. V., v. Hartitzsch Entscheid. no. 484.

Zu 8) Zur Beantwortung dieser streitigen Frage ist vorzüglich auf die sorgfältige Erörterung in v. Vangerow Pand. Bd. III.

§. 571. Anm. 4. zu verweisen. Ihr zufolge ist in der Verordnung Justinian's l. un. C. 7. 47.*) Sancimus itaque, in omnibus casibus, *qui certam habeant quantitatem vel naturam*, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere, eine schon bestehende Obligation vorausgesetzt, zu welcher sich der Anspruch auf Schadenersatz gleichsam wie ein accessorium verhält. Ist dagegen keine Obligation vorhanden durch deren Verletzung dem Gläubiger geschadet wird, sondern entsteht erst durch die Schaden bringende Handlung eine Obligation, so daß Schadenersatz der principale Gegenstand der Forderung ist, so bleibt die l. un. C. cit. außer aller Anwendung. In demselben Sinn nimmt es auch wohl Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 264., wenn er sagt: in Fällen, wo der Anspruch von Anfang an auf Ersatzleistung gerichtet ist, läßt sich durchaus nicht behaupten, daß die Schätzung auf das Doppelte von dem Werthe des Gegenstandes,**) welcher bei dem Ersatz mit in Betracht kommt, beschränkt werden müsse; vergl. Glück Thl. IV. §. 333. S. 448., Schweppe a. a. O. Bd. I. §. 203. S. 469., Seuffert Erörter. Thl. I. no. 20. Die ältere Literatur über diese Materie s. Höpfner Instit. §. 968. Anm. 8. [Vergl. auch Mommsen Beitr. z. Obl.-R. II. S. 235 ff. u. Arndts Pand. §. 206. Anm. 6.] — Von selbst scheint sich übrigens zu verstehen, daß die gedachte Verordnung auf den Würderungseid keine Anwendung leide, Glück Thl. XII. S. 462., Schweppe a. a. O. S. 474. Doch gibt dies Sintenis Civilr. Bd. II. §. 86. Anm. 53. mit Bezugnahme auf Sell Jahrbücher Bd. I. S. 232. nur dann zu, wenn es sich gleichsam von selbst verbietet, nämlich, wenn sich das simplum nicht ausmitteln läßt.

Zu 9) Diese Frage beantwortet sich wohl von selbst dahin, daß das Nichtvorhandenseyn der Erfordernisse auch den Entschädigungs-Anspruch hinfällig macht. Es verdient aber noch bemerkt zu werden:

a) Wenn eigene Schuld des Beschädigten mitgewirkt hat, wenn nämlich der Schade durch Anwendung der gehörigen Sorgfalt

---

*) Deren praktische Geltung noch h. z. T. anerkannt werden muß; v. Rüling Entscheidungen d. O.-A.-G. in Celle no. 49., Sell Jahrbücher S. 183., v. Vangerow a. a. O. S. 56. (d. 6. Aufl.) vgl. auch l. 44. D. 19. 1.

**) nämlich daß außer der eigentlichen schuldigen Leistung nur noch der einmalige volle Betrag derselben als mögliches Interesse gefordert werden kann; Schweppe a. a. O. Bd. I. §. 203., Sintenis a. a. O. u. v. Vangerow a. a. O. gegen Braun Dictaten zu Thibaut §. 284., welcher in das Duplum das Hauptobject nicht mit einrechnen will.

eines diligens paterfamilias von Seite des Beschädigten hätte vermieden werden können, l. 63. §. 7. D. 47. 2. — l. 56. §. 3. D. 21. 2. — l. 30. §. 4. l. 52. pr. D. 9. 2. — so läßt sich doch der Grundsatz: quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire, l. 203. D. 50. 17. cf. l. 29 §. 1. D. 21. 2. nicht so weit erstrecken, daß das eigene Versehen die rechtlichen Nachtheile des dolus von dem Beschädiger abwenden könnte, l. 45. D. 19. 1. — l. 31. i. f. D. 9. 2.. doch wird ein Verlust an Gegenständen, welche dem Beschädigten ohnehin nothwendig verloren gewesen wären, nicht ersetzt, l. 27. §. 2. D. 6. 1. — l. 10. §. 1. D. 14. 2.,*) sofern nicht der Schade mit einer Delictsklage gefordert wird, l. 27. §. 2. D. 6. 1. — desgleichen an Sachen, welche widerrechtlich hingestellt oder hingelegt sind; l. 13. §. 7. D. 39. 2.

b) Ein entzogenes lucrum inhonestum braucht man nicht zu vergüten, l. 33. D. 6. 1.

c) Die Beschädigung einer Sache, welche man bona fide für die seinige hielt, braucht nicht vergütet zu werden, rem enim quasi suam neglexit; l. 31. §. 3. D. 5. 3., Mackeldey Lehrb. §. 343.

d) Ein pactum ne dolus praestetur gilt bekanntlich nicht, l. 23. D. 50. 17. — l. 27. §. 3. D. 2. 14. — l. 1. §. 7. D. 16. 3. — l. 5. §. 7. D. 26. 7. — l. 17. pr. D. 13. 6. Sehr gewagt ist daher Unterholzner's Behauptung, s. Schuldverh. Bd. I. S. 279. Anm. e., daß, wenn man allen Ansprüchen überhaupt entsagt, die durch Gewissenlosigkeit begründeten mit inbegriffen gelten können. Generelle Verzichte können wohl nicht auf dasjenige ausgedehnt werden, worüber die Gesetze einen Verzicht nicht gelten lassen. Auch steht l. 6. §. 9. D. 19. 1. dieser Meinung bestimmt entgegen. Die von ihm für seine Ansicht angeführte l. 1. D. 26. 8. sagt davon nichts, und seine Berufung auf den bekannten Satz: expressa nocent, non expressa non nocent ist hier gewiß unpassend.

e) Wenn quanti res sit nicht bestimmt werden kann, so kann auch eine Entschädigungsverbindlichkeit nicht realisirt werden. Dieser Satz wird an einem bei einer Lotterie vorgekommenen Rechtsfall

---

*) So braucht auch der Verkäufer einer fremden Sache, wenn diese vor der Eviction untergeht, keinen Ersatz zu leisten, sofern er nicht durch dolus verantwortlich wird; l. 21. pr. i. f. l. 64. §. 2. D. 21. 2. — l. 26. C. 8. 45. Andere Beispiele s. l. 4. D. 25. 1. — l. 10. §. 1. D. 14. 2.

erörtert in Schlüter u. Wallis' jurist. Ztg. f. d. Königreich Hannover Bd. III. H. 2. no. 7.

Zu 10) Einander scheinbar entgegengesetzte Bestimmungen finden sich in l. 23. §. 1. D. pro socio (17. 2.) und l. 11. D. de neg. gest. (3. 5.) Dort wird im Societätsverhältniß und gewiß mit Recht vom Kaiser gegen die Meinung des Pomponius entschieden: das der socius schuldhaft verursachte Schäden nicht mit dem aus seinen Geschäften gemachten Gewinn compensiren könne, denn der Geschäftsnutzen wird ja nicht ihm, sondern der Gesellschaft erworben, während culpos verursachter Schade nur denjenigen treffen kann, welcher die culpa begangen hat. Dagegen wird in der zweiten Gesetzstelle l. 11. cit. von demselben Pomponius in der Materie der negotiorum gestio entschieden: „der Geschäftsführer müsse zuweilen selbst für den Zufall einstehen, wenn er nämlich für den abwesenden Geschäftsherrn solche Geschäfte unternahm, welche dieser nicht zu machen pflegte; denn dann wird der Schade den neg. gestor treffen, während der Gewinn dem Abwesenden zukömmt, indessen wenn bei einigen Geschäften gewonnen, bei anderen verloren seyn sollte, so müsse der Abwesende den Gewinn gegen den Schaden aufrechnen."

Nun wollen zwar mehrere Rechtsgelehrte die zweite Gesetzstelle nicht weiter berücksichtigen, weil in der ersteren bereits die Meinung des Pomponius verworfen sey; Cujac. Comm. ad Lib. 2. Paul. quaest. l. 42. in Opp. T. V. pag. 918., D'Avezan lib. contr. II. qu. 3. in Meermann thes. IV. pag. 106., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 24. (§. 15.), allein die Verschiedenheit der zum Grunde liegenden Fälle berechtigt wohl, beide Entscheidungen als gleich verständig neben einander bestehen zu lassen. Die l. 11. D. 3. 5. spricht nämlich den unbedenklichen Satz aus: wenn die verletzende Thatsache, z. B. Ueberschreitung der rechtlichen Grenzen einer neg. gest. dem Andern Schaden und Nutzen zugleich gebracht hat, so finde Compensation statt: dagegen die Aussprüche der l. 23. §. 1. cit. und so auch l. 25. l. 26. D. 17. 2., welche sich auf ein verschiedenes, nämlich das Societätsverhältniß beziehen, dem socius, welcher mehrere Geschäfte zum Vortheil, andere aber culpos zum Nachtheil der Gesellschaft geführt hat, eine Abrechnung nicht gestatten, denn auf erstere hatte ja der socius ohnedies ein Recht, welches ihm durch eine culpa des Andern nicht wieder entzogen oder geschmälert werden darf. Aehnlich ist der Fall, welchen l. 47. D. 21. 2. entscheidet. A. verkaufte dem B. zwei Sclaven für 10 nummos. Der Eine wird evincirt, A. setzt nun zwar dem Evictionsanspruch des Käufers entgegen,

daß der Eine Sclave allein 10 nummos werth sey. Allein mit Unrecht, denn den Vortheil des Handels hätte ja B. jedenfalls gehabt, wenn auch der eine Sclave nicht evincirt worden wäre. Hier ist also nichts zu compensiren.

Zu 11) Man muß hier folgende Fälle unterscheiden:

I. wenn dem Verpflichteten nicht zugleich mora zur Last fällt, was bekanntlich nicht immer und nothwendig anzunehmen ist; s. l. 21. l. 24. pr. D. 22. 1. — l. 63. l. 99. D. 50. 17. — l. 3. §. 4. D. 19. 1., Mevii Dec. P. IV. dec. 198. Da muß, wenn eine Zeit der Leistung stipulirt war, dieser Zeitpunkt entscheiden, l. 22. D. 12. 1. — l. 4. D. 13. 3. — l. 11. D. 42. 1. — l. 59. D. 45. 1. — l. 22. D. 44. 7., und dies gilt auch bei bedingten und betagten Obligationen, l. 22. D. 12. 1. — l. 4. D. 13. 3., wo gewöhnlich eine mora hinzutritt; wenn aber keine Zeitbestimmung gegeben war, so entscheidet

a) wenn der Gegenstand der Verbindlichkeit eine species ist, der Zeitpunkt der Verurtheilung; l. ult. D. 13. 3. — l. 22. D. 12. 1. — Zwar hält Glück Thl. XIII. S. 288. für diesen Fall noch den Unterschied zwischen negotia stricti juris und bonae fidei fest, und will bei ersteren auf die Zeit der Litiscontestation und nur bei letzteren auf den Zeitpunkt der Verurtheilung nach l. 3. §. 2. D. 13. 6. gesehen wissen, allein es ist wohl mit Sintenis Civilr. Bd. II. §. 86. Anm. 28., Thibaut System §. 189. (Ed. 8.) und Unterholzner Schuldverhältn. Bd. I. S. 265. h. z. T. dieser Unterschied nicht mehr als praktisch anzusehen, mithin immer tempus condemnationis zu beobachten.

b) ist aber ein genus versprochen, so entscheidet die Zeit, wo gefordert wird; l. ult. D. 13. 3. — l. 22. D. 12. 1. Daß nicht, wie Manche dafür halten, auf die Zeit des Contracts zu sehen ist, beweist Glück Thl. XIII. S. 286.

II. wenn zugleich die nachtheiligen Folgen des Verzugs dem Verpflichteten zur Last fallen; denn diese müssen immer noch besonders berücksichtigt werden; l. 37. D. 17. 1. Hierüber s. Kap. IV. §. 233. Fr. 7. u. 10. von den Folgen des Verzugs.

III. Der Werth einer für einen Andern hingegebenen oder zu dessen Nutzen dergestalt, daß er dafür Ersatz leisten muß, aufgewendeten Sache, wird nach dem Zeitpunkt geschätzt, wo jenes geschah; l. 37. D. mandati (17. 1.) — Sintenis a. a. O.

Zu 12) Nach den Preisen des Lieferungsorts, wenn ein solcher bedungen war, außerdem des Orts, wo geklagt wird; l. 22. D. 12. 1. — l. 4. D. 13. 3. — Glück Thl. XIII. S. 298., Unterholzner a. a. O., Sintenis Civilr. Bd. II. S. 74. Anm. 25. Doch kann, im Fall sich der Verpflichtete eines Verzugs schuldig gemacht hat, der Berechtigte wählen, welcher Ort ihm der vortheilhafteste ist; l. 3. §. 3. D. 19. 1. Zur Berichtigung abweichender Ansichten s. Sintenis Civilr. a. a. O. Ueber den Ort der Schadenberechnung bei Versicherungsgeschäften s. Günther rechtl. Bemerk. Th. I. S. 62. [Vergl. auch Mommsen Beitr. z. Obl.=R. II. §. 19.]

Zu 13) Im Allgemeinen mag wohl gegen den in v. Hohnhorst's Jahrbüchern des Großherzogl. Baden'schen Oberhofgerichts Bd. II. S. 126. ausgeführten Grundsatz: „Zur Verbindlichkeit für Schadenersatz werde vorausgesetzt, daß der entstandene Schade eine unmittelbare natürliche Folge der Nichterfüllung übernommener Verbindlichkeiten sey, und vom Beschädiger habe vorhergesehen werden können" — nichts zu erinnern seyn; allein in besonderen Fällen leidet er doch Modificationen. Hierher ist z. B. zu rechnen:

a) die Verpflichtung, für den durch unsere Sclaven und Thiere,*) obgleich ohne alle unsere Schuld, verursachten Schaden einzustehen.

b) Auch zufälliges Unmöglichwerden einer schuldigen Leistung befreit nicht von derselben im Fall eines begangenen Verzugs; mora perpetuat obligationem; l. 58. §. 1. D. 46. 1. — l. 31. pr. D. 46. 2. — l. 25. §. 2. D. 24. 3.

c) dolus, l. 14. §. 3. D. 47. 2. und contumacia, l. 40. D. 26. 7., zieht die Haftung selbst für jede Gefahr nach sich.

d) Wer zur custodia verbunden ist, haftet in der Regel wegen der Gefahr der Entwendung, indem eine Verwahrlosung vorläufig vorausgesetzt wird, wenn man eine Sache verliert oder sich entwenden läßt; l. 10. §. 1. D. 13. 6. — l. 12. pr. l. 14. §. 10. D. 47. 2.

e) Der reine Zufall muß prästirt werden, wenn man durch Vertrag die Gefahr übernommen hat, oder durch letzten Willen dazu verpflichtet worden; l. 9. §. 2. D. 19. 2. — l. 39. D. 17. 1. — l. 1. §. 35. D. 16. 3. — l. 5. §. 2. D. 13. 6.

---

*) ob auch durch unsere leblosen Sachen, und vom Retentionsrecht an der res nocens s. bes. Thl. Kap. XXX. Lehre vom damnum injuria datum.

— cf. l. 7. §. 15. D. 2. 14. — l. 1. C. 4. 23. Nach l. 1. C. 4. 65. trifft in solchem Fall den Verpflichteten auch sogar das periculum vis majoris.

f) In Fällen, wo man an sich schon für diligentia in custodiendo haftet, kann das ausdrückliche custodiam recipere als Uebernahme einer Haftung für zufällige Schäden und Verluste gedeutet werden; l. 55. pr. D. 19. 2. — §. 3. J. 3. 23. — Unterholzner Schuldverhältnisse Bd. I. S. 285. Nach l. 11. D. 3. 5. muß der negotiorum gestor auch für den Zufall stehen, wenn er solche Geschäfte unternimmt, welche der Abwesende nicht zu betreiben pflegte.

Zu 14) Da kein Unterthan ein Recht auf Unveränderlichkeit der Gesetze hat, so muß diese Frage in der Regel verneint werden; v. Hohnhorst Jahrb. d. Oberhofger. in Mannheim Bd. II. S. 126. Aus diesem Grunde wird auch die Frage: ob derjenige, welcher vor Aufhebung der Bannrechte vom Staate eine Zwangsmühle gekauft hat, berechtigt sey, wegen des durch Aufhebung des Mühlenzwanges ihm erwachsenen Schadens von der Regierung Entschädigung zu fordern, verneinend entschieden im Archiv für Civil- und Criminalrecht der K. Preußischen Rheinprovinzen Bd. V. S. 121. — Allgemein ist dagegen angenommen, daß der Staat im öffentlichen Interesse verleihbare Hoheitsrechte und Privilegien nur gegen Entschädigung einziehen kann; s. d. Einleitung zum Preuß. Landr. §. 70. Daß übrigens auch eine Polizeibehörde wegen Schadenzufügung vor den Gerichten belangt werden könne, davon findet sich ein Beispiel in Madihn's Miscellen Bd. I. S. 270. [Vergl. dazu die Erörterung bei Lassalle D. System d. wohlerworb. Rechte (1861.) Bd. I. §. 7. S. 193 ff.]

Zu 15) Sell Versuche im Gebiete d. Civilr. Th. I. S. 1—114. erklärt diesen Grundsatz „für einen allgemeinen, durch das ganze Rechtssystem durchgehenden, welcher eben deshalb nicht blos auf diejenigen Fälle zu beziehen sey, für welche sich in den Gesetzen eine ausdrückliche Anwendung findet, sondern auch auf diejenigen Fälle, welche in den Gesetzen nicht ausdrücklich angeführt sind, wenn nur der Grund selbst, nämlich die Bereicherung mit oder aus dem Schaden eines Andern vorhanden ist." Daß dies zu auffallenden Folgerungen führen würde, welche Sell selbst nicht wollen kann, führt umfänglich aus Seuffert in d. Bl. f. Rechtsanw. Bd. I. S. 177.; vergl. auch S. 133. Man darf in der l. 206. D. 50. 17. jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria

fieri locupletiorum nicht die Worte *et injuria* überspringen, sondern muß bei der Voraussetzung stehen bleiben, daß die der Bereicherung des Einen entsprechende Beschädigung des Andern eine Rechtsverletzung, ein Unrecht enthalte. Nemo enim damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet; l. 151. D. 50. 17.

[Es gibt eine Anzahl allgemeiner Ideen, welche der aequitas entspringend durch das System des strengen Rechts sich hindurchziehen und Leben und Bewegung in die Masse der starren Rechtsconsequenz bringen. Die aequitas aber ist keine so reine Manifestation der Rechtsidee, wie das strenge Recht, und daher dürfen jene allgemeinen Billigkeitsideen auch nicht so bis in die äußerste Peripherie ihres Wirkungskreises durchgeführt und ausgebeutet werden, wie das bei Wahrheiten des strengen Rechts möglich ist, und es ist ein Fehler der modernen Rechtsanschauung, daß sie nicht selten jenes versucht hat. Zu solchen der aequitas entsprungenen Ideen gehören die Sätze: Commodum ejus esse debet, cujus periculum est und aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. Gegen die juristische Allgemeingiltigkeit jenes Satzes hat sich Fr. Mommsen Erörterungen aus d. Oblig.-R. 1. Heft (1859.) S. 1 ff. mit Recht erklärt; über den andern Satz vergl. H. Witte Die Bereicherungsklagen des gem. R. (1859.), S. VI. und Kuntze in Schletter's Jahrb. d. deut. Rechtswiss. Bd. VIII. S. 209 ff. Dazu v. Savigny System Bd. III. S. 451. und Bd. V. S. 526., sowie Jacobi in v. Gerber's Jahrb. f. d. Dogmatik Bd. IV. S. 161.]

---

§. 219.

4. Privatstrafen.

Ueber die Concurrenz mehrerer Pönalklagen ist auf die neueste Erörterung v. Vangerow's Pand. Bd. III. §. 572. und dessen Kritik der Ansichten v. Savigny's System Bd. V. S. 237. nebst der dort angeführten Literatur, zu verweisen; vergl. Thibaut civil. Abhandl. S. 180. — Ob Privatstrafen jetzt noch zulässig seyen, ist zwar von Mehreren bezweifelt, und man muß wenigstens zugestehen, daß ihr Gebrauch in Deutschland sehr gering ist; doch hebt bloßer Nichtgebrauch ein Gesetz nicht auf, und wo keine öffentliche Strafe substituirt und die Aufhebung der Privatstrafen auch nicht aus einem besonderen Verfassungsgrunde zu folgern ist, da muß eine Privatstrafe noch jetzt für zulässig erachtet werden; Leyser Sp. 56. med. 2., Weber Versuche über das Civilrecht Bd. I. §. 540., Wernher

Obs. for. III. obs. 24., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 67., Koch R. d. Ford. Bd. I. §. 36. — Ueber Conventionalstrafen s. Kap. V. §. 242.

[Manche Rechtslehrer behaupten die fortdauernde Giltigkeit der römischen Privatstrafen mit Rücksicht darauf, daß das im Corpus juris enthaltene Recht im Ganzen aufgenommen worden sey, wenigstens insoweit, als sie nicht durch spätere Gesetze ausdrücklich als aufgehoben zu betrachten wären, oder anderen jetzt geltenden Rechtsprincipien offenbar widersprächen, s. Glück Thl. III. S. 608 ff. und die dort Angef., sowie v. Wening-Ingenheim Pand. Bd. I. §. 194. Die meisten Rechtslehrer dagegen halten die römischen Privatstrafen nicht für praktisch, sofern sie durch Klagen geltend zu machen sind; s. Thibaut System §. 68., Seuffert prakt. Pand.-R. Bd. II. §. 282., v. Savigny Obl.-R. Bd. II. §. 84. So fällt die actio de rationibus distrahendis nach heut. R. mit der actio tutelae zusammen, und insoweit sie als Strafklage erschien, ist sie durch das heutige Strafrecht beseitigt, s. Sintenis Civilr. Bd. I. §. 50. Anm. 52. u. Bd. III. §. 150. Anm. 21. Die Popularklagen als solche sind nicht recipirt, die Injurienklage hat immer mehr einen criminellen und polizeilichen Charakter angenommen. Ferner stehen der heutigen Anwendbarkeit der s. g. Litiscrescenzfälle (lis infitiando crescit in duplum) gewichtige Bedenken entgegen, s. Kleinschmidt im Hess. Archiv f. prakt. Rechtswiss. N. F. Bd. I. (1864.), S. 75. 77. Ueber die Nichtanwendbarkeit der Privatstrafe bei der actio de effusis et dejectis s. Sintenis Civilr. Bd. II. §. 125. Anm. 25. —

Die Schmerzensgeldklage ist eine auf deutschem Boden gewachsene Privatstrafklage und ist noch praktisch; Seitz Untersuch. üb. d. heutige Schmerzengeldklage (1860.), S. 99. 157. 170. 178., v. Keller Pand. §. 356., Arndts Pand. §. 324. Anm. 2. S. unten besondr. Theil, Kap. XXX. Lehre vom damnum injuria datum, Fr. 4.]

Kapitel III.

Von den Subjecten der obligatio.

§. 220.

1. Von der solidarischen und Correal-Verbindlichkeit.

Inst. III. 16. (17.) de duobus reis stipulandi et promittendi. Dig. XLV. 2. de duobus reis constituendis. Cod. VIII. 40. de duobus reis stipulandi et promittendi. Nov. 99.

Einheit der obligatio*) mit Beziehung auf mehrere Subjecte, so daß jedes derselben zu demselben ganzen Gegenstand vollkommener Gläubiger oder Schuldner ist, macht die Grundlage der Correal-obligation.**) Das Charakteristische der Correalobligation liegt darin, daß die aus ihr hervorgehende Solidarität nicht blos als Folge der Identität des Gegenstandes (ejusdem rei in solidum obligatio, l. 34. §. 1. D. 46. 3.) erscheint, von welcher freilich Solidarität unzertrennlich ist, sondern auch (allein oder zugleich) in dem constituirenden Willen der Parteien (communis obligatio) ihren Grund hat, z. B. beim gemeinsamen Empfang und Versprechen einer Summe.

---

*) wobei übrigens einzelne Modificationen derselben Verbindlichkeit bei den concurrirenden Subjecten derselben nicht ausgeschlossen sind.

**) Ueber den früher nicht beobachteten Unterschied zwischen reinen Correal-obligationen, blos solidarischen Verbindlichkeiten und obligationes individuae s. vorzüglich Ribbentrop Beitr. zur Lehre von den Correalobl. Gött. 1831., de Scheurl de obligatione dividua et individua. Erl. 1835., Puchta Pand. §. 233 2c., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 573. Eine neuere Ansicht findet man bei Rückert in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. XII. S. 1 ff. [Ferner sind zu vergleichen: Girtanner D. Bürgschaft (1850.) S. 74 ff. 397 ff., v. Savigny Oblig.-R. I. §. 16 ff., Brinz Krit. Blätter No. 4., Bekker D. processual. Consumtion, S. 214 ff., Kuntze D. Oblig. u. Singularsucc. S. 147 ff., v. Helmolt Die Correalobligg. (1857.), Demangeat Des obligations solidaires en Droit Romain (Paris 1858.), Vacano Ueb. d. Lehre v. Code Napol. v. den Solidarobligg. (Trier 1859.), Fitting D. Natur der Correaloblig. (1859.), Samhaber Zur Lehre v. d. Correalobl. (1861.), Fritz Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. XVII. S. 145 ff. XVIII. S. 355 ff. u. XIX. S. 55 ff., Sintenis gem. Civilr. Bd. II. §. 89., Baron Die Gesammtrechtsverhältnisse im R. R. (1864.) §. 15 ff.]

Der gewöhnliche Ausdruck für diesen Willen ist die Formel: „sammt und sonders, Einer für Alle und Alle für Einen." Der Ausdruck: „als Selbstschuldner haften zu wollen," ist dafür nicht genügend; Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 185. §. 90. Aus einem Testament entsteht eine passive Correalität schon dadurch, daß der Erblasser den einen oder andern seiner Erben mit einem gewissen Legat belastet; l. 8. §. 1. D. de legat. I. (30.) — l. 25. D. de legat. III. (32.) Gleichwohl im umgekehrten Falle, wenn der Testator Diesen oder Jenen zum Erben oder Legatar ernannt hat, erhalten nicht Beide das Ganze, sondern den Schwierigkeiten einer so wunderlichen Erscheinung wird durch eine gesetzlich angeordnete Interpretation dahin abgeholfen, daß zwar Beide zur Erbschaft oder zum Legat als berufen angesehen werden sollen, aber unter einander, wie bei einem gemeinschaftlichen Legat, gleichheitlich zu theilen haben, l. 4. C. 6. 38. — l. 1. §. 11. C. 6. 51. Anders ist es, wenn der Testator die Wahl eines Legatars in das Ermessen des Erben stellt. Titio aut Sejo, uti heres vellet, legatum relictum est. Si neutri dat, uterque perinde petere potest, atque si ipsi soli legatum foret. — Von der blos solidarischen Verbindlichkeit, welche zunächst aus der Untheilbarkeit des Gegenstandes oder der obligatio entspringt und für mehrere civilrechtliche Verhältnisse besonders in den Gesetzen bestimmt ist, wird zweckmäßiger bei den einzelnen Lehren zu handeln seyn, z. B. von der Verbindlichkeit der Contutoren, Magistrate, mehrerer Depositare, Commodatare und Pachter, bei der Verbindlichkeit zum Schadenersatz aus einem gemeinschaftlichen Delict, der solidarischen Haftung mehrerer Bewohner desselben Zimmers vermöge der act. de effusis et dejectis nach l. 1. §. 10. l. 2. 3. 4. D. 9. 3. — Correalverhältnisse treten ein: 1) durch ausdrückliche Vereinbarung, l. 9. D. 45. 2.; 2) testamentarische Anordnung eines Vermächtnisses an mehrere Honorirte, oder einer Auflage desselben an mehrere Onerirte in dieser bestimmt ausgesprochenen Weise; 3) für mehrere Eigenthümer eines Thieres, welches Schaden angerichtet hat; 4) die Obligation mehrerer Schuldner zur Bestellung einer Servitut, s. Ribbentrop a. a. O. S. 231.; 5) bei den Klagen de peculio, de in rem verso, quod jussu, act. exercitoria und institoria; Sintenis Civilr. Bd. II. §. 89. S. 140.

[Die Correalobligation ist ein Lieblingsthema der modernen Civilistik geworden, seitdem v. Keller und Ribbentrop durch ihre feinen Untersuchungen eine civilistische Distinction an's Licht gebracht und dann wieder Joh. Christiansen und Girtanner die Reihe neuer Theorien eröffnet haben. Ueber die bisherige Dogmen=

geschichte vergl. Kuntze Die Oblig. und Singularsucc. §. 30—32., Fitting Die Natur d. Correalobligg. §. 2., Samhaber Z. Lehre v. d. Correaloblig. §. 1—9. u. Fritz i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. XVII. S. 147—168. XVIII. S. 355—359. Die Ansichten gehen beträchtlich auseinander, nicht blos in Betreff des Wesens der Correalität an sich, sondern auch in Betreff der Bedeutung ihres Unterschieds von der s. g. bloßen Solidarität. Die durch Ribbentrop begründete Einheitstheorie wird neuerdings verfochten von v. Savigny, Dworzak, Arndts, Windscheid, Samhaber, modificirt von Bekker, Brinz, Fritz und Baron, bekämpft aber von Girtanner, Fitting und Stintzing, Rückert und Kuntze, v. Helmolt und Sintenis (2. Aufl. des gem. Civilrechts). Ribbentrop hat sein langes Stillschweigen fort behauptet, v. Keller nichts Neues zu Tage gebracht.

Die Frage nach dem civilist. Wesen der Correalität hat zunächst eine eminent theoretische Bedeutung; die Lehre von ihr gilt als eine der schwierigsten Aufgaben in den academischen Vorträgen, und wohl wenige Pandektenlehrer gibt es, welche, nachdem sie die Ribbentrop'sche Einheitstheorie auf dem Katheder vorgetragen haben, mit eigener und ihrer Zuhörer Befriedigung dieses mysteriöse Wesen einer ungetheilt-getheilten Obligation verlassen. Wohl an wenigen Stellen haben unsere academischen Darstellungen so wenig die Aufgabe, in unfertigen und unklaren Köpfen aufzuräumen und das juristische Denken zu schulen, erfüllt, wie hier. Aber nicht blos dieses academisch-praktische Interesse hat die Correalitätsfrage, sondern von ihrer Beantwortung hängt zum Theil die Ansicht über den heutigen praktischen Werth einer Unterscheidung zwischen Correalität und s. g. einfacher Solidarität ab, denn wer das Kriterium des Unterschieds in das Wesen der Obligation zurückverlegt und einen elementären Gegensatz findet, wird geneigt seyn, den Unterschied auch im heutigen Recht als möglich oder wirklich anzunehmen; wer dagegen, wie ich, die s. g. einfache Solidarobligation nur als eine durch specifisch römische Anschauungen bedingte Modification der (vollen) Correalität, und zwar als eine im Gegensatz zur römisch-klassischen litiscontestatio ausgebildete Modification betrachtet, muß die ganze weitschichtige Controverse aus unserem heutigen Recht verbannen. Aus diesem praktischen Grunde halte ich es nicht für überflüssig, in Kürze meine Theorie, die durch die späteren Arbeiten Anderer in meiner Ueberzeugung nicht erschüttert worden ist, hier vorzutragen; sie ist jedenfalls die einfachste unter allen, einfach gegenüber solchen Formeln, wie: objectiver Bestand und

subjective Beziehung — Eine, aber über einer Mehrheit möglicher Subjecte schwebende, Obligation — materielle Einheit, formelle Mehrheit — die Verknüpfung einer Gesammtobligation mit mehreren Sonderobligg. u. s. w. Ich meine aber auch, daß meine Theorie die einzige quellenmäßig fundirte ist, und vielleicht hätte dieser von mir hervorgehobenen Seite bessere Aufmerksamkeit geschenkt werden können.

Daß wir aus dem Gebrauche des Wortes obligatio in den Quellen keine Entscheidung für unsere Frage gewinnen können, wird jetzt von Mehreren zugegeben, denn es steht hier Wort (una obligatio) gegen Wort (plures obligationes), Stelle gegen Stelle. Eine Antinomie liegt hier nicht vor, es muß daher ein verschiedener Sinn angenommen werden; die Einheits-Verfechter unterscheiden zwei Seiten der Obligation und finden in jenen Stellen bald die eine und bald die andere Seite wieder, also verstehen sie im Grunde auch das Wort in einem doppelten Sinne; auch ich nehme einen doppelten Sinn an, indem ich in den Stellen, wo die Correalität als Mehrheit von Obligationen bezeichnet ist, das Wort obligatio im eigentlichen Sinne (als Rechtsverhältniß) verstehe, dagegen in den andern Stellen entweder die Bedeutung des Begründungsaktes (also obligatio = stipulatio) oder aber die Bedeutung des Vermögensinhaltes der Obligaton finde; insbesondere die letztere Bedeutung treffen wir sehr häufig in den Quellen an, namentlich zur Bezeichnung der novatio. Auf diesen Umstand ist bisher noch keine Rücksicht genommen worden (s. Kuntze in Schletter's Jahrbb. VI. S. 297. und Deutsches Wechselrecht, Excurse §. 40. S. 315.; dazu l. 14. Cod. 4. 29. u. l. 1. C. 8. 27.). Wir treffen nämlich bei der Novation ganz dasselbe Janusgesicht in den Quellen, indem die novatio in vielen Stellen als eine Aufhebung der prior obligatio durch Begründung der nova obl., in einer Anzahl anderer Stellen aber als ein transferre obligationem auf das neue Subject bezeichnet wird; bei jenem Ausdruck wird eine Zweiheit von Obligationen (die alte und die neue) vorausgesetzt, nach dem andern Ausdruck scheint nur Eine Oblig., welche eben übergehend gedacht wird, angenommen zu werden. Nun ist aber nichts gewisser, als daß durch novatio die alte Obligation getilgt und eine andere Obligation an ihre Stelle gesetzt wird, mithin nicht blos Eine, sondern zwei Obligationen sind, und dies ist auch allgemein angenommen; in den Stellen, wo von einem obligatio transit, transfertur geredet wird, ist eben das Wort obligatio nicht von der substantia obligationis, sondern vom Inhalt derselben (nomen, causa) verstanden. Genau dasselbe nun gilt von der Correalität, wo die Einheit der obligatio auch nur eine Scheinansicht

der Römer ist. So wenig bei der Novation die alte und die neue Obligation identisch sind, so wenig dürfen die Obligationen des einen und des andern correus als identisch gelten. In beiden Fällen haben wir es mit einer Mehrheit von (successiven — simultanen) Obligagationen, denen der Inhalt gemeinsam, identisch ist, zu thun.

Die nächste Consequenz aus jenem Grundbegriffe der Correalität nun ist die, daß durch solutio alle correaliter verbundenen Obligationen aufgehoben werden. Die Röm. Wissenschaft aber ging weiter: nachdem sie eine Anzahl anderer Rechtsgeschäfte unter den Gesichtspunkt der solutio gestellt hatte, mußte sie consequent denselben auch die solutionsmäßige Wirkung bei den Correalobligg. zugestehen (novatio, acceptilatio, jusjurandum, judicium), und es hatte das für die meisten Fälle auch keine praktischen Bedenken, da der freie Wille des Gläubigers den Ausschlag gab (electio!).

Ich frage nun, ob diese Theorie nicht den Quellen entspricht, nicht überall aus denselben redet? Wie werden die Correalobligationen oft ganz einfach und schlechthin bezeichnet? Durch die Wendung: eadem pecunia (eandem pecuniam debere, promittere: s. Kuntze Die Oblig. und Singularsucc. S. 159.), welche der von mir oben angegebenen Formel genau entspricht. Wie wird ferner das Wesen der Correalobligation ausgedrückt? in der Regel nur durch Hinweis auf die alle Obligationen zugleich ergreifende Wirksamkeit der solutio (vergl. Kuntze a. a. O. S. 176.). Wie wird die gleich umfassende Wirksamkeit der andern Tilgungsgründe motivirt? durch Hinweis auf die (prototypische) solutio (vergl. Kuntze a. a. O. S. 178. 188.).

Eine Consequenz dieser Theorie ist nun auch die, daß ich keinen principiellen Gegensatz zwischen Correalobl. und s. g. bloßen Solidarroblig. statuire, und hier ist der Punkt, wo die natürliche Einfachheit dieser Theorie hervortritt, indem sie den einfachen Begriff der obligatio unangetastet läßt und uns nicht nöthigt, der Correalität zu Liebe in jenen Begriff eine künstliche Gliederung und Unterscheidung hineinzutragen, die sonst nirgends im ganzen Gebiete der obligatio zu Tage tritt. Außerdem behaupte ich aber auch hier wieder die besondere Quellenmäßigkeit meiner Theorie; denn wo wäre in den Quellen die Aufstellung, ja auch nur die leiseste Andeutung eines solchen principiellen Gegensatzes zu finden? Man trägt denselben willkürlich hinein. Nicht einmal eine Terminologie haben die sonst in solchen Punkten nicht verlegenen und nicht unproductiven Römer für die s. g. einfachen Solidarobligg. geschaffen. In Wahrheit waren diese ebenfalls Correalobligationen, und ihre innere Struktur durch-

aus übereinstimmend mit diesen; der Unterschied war lediglich ein äußerer. Er bestand darin, daß, während bei den im engern Sinne s. g. Correalobligg. alle theoretischen Consequenzen der Solutionslehre angewendet wurden, und in diesem Zusammenhange insbesondere auch der litiscontestatio ein Einfluß auf den Bestand sämmtlicher verbundenen Correalobligg. eingeräumt ward, in gewissen Fällen es contra aequitatem zu seyn schien, alle diese Consequenzen zu ziehen. Diese Erwägung mußte sich da aufdrängen, wo die Correalschuld aus einem gemeinsamen Vergehen oder Verschulden entsprang: l. 15. D. 27. 3. — l. 5. D. 9. 4. — In solchen Fällen beschränkte man also die Rechtsconsequenz, indem man zwischen den materiellen (d. h. eine ökonomische Befriedigung des Gläubigers nicht enthaltenden) und ideellen Solutionssurrogaten unterschied, und den letzteren, insbesondere der litiscontestatio, den Einfluß auf die Obligationen der übrigen (nicht unmittelbar betheiligten) correi versagte. Ulpian (l. 32. pr. D. 15. 1.) sagt in einem analogen Falle: „sed licet hoc jure contingat, tamen aequitas dictat, judicium in eos dari, qui accasione juris liberantur, ut magis eos perceptio, quam intentio liberet.“ Hiernach sind die s. g. einfachen Solidarobligg. nichts anderes, als unvollkommene, beschränkte Solidar- oder Correalobligg., d. h. solche Solidarobligg., bei denen es um ihres delictmäßigen Charakters willen unpassend schien, durch Zulassung der blos ideellen Solutionssurrogate die Solidarschuldner auf Kosten des Gläubigers zu begünstigen: vergl. Kuntze Die Obligation und Singularsuccess. §. 54. und in Schletter's Jahrbuch VI. S. 298.

Was nun unser heutiges Recht anlangt, so fehlt diesem der Gedanke ideeller Solutionssurrogate (acceptilatio, novatio, jusjurandum, judicium oder litiscontestatio), und damit fällt das Bedürfniß weg, gewisse Fälle aus der Klasse der vollkommenen Solidarobligg. auszuscheiden. Dies läßt sich auch so ausdrücken: heutzutage tragen alle Correalobligg. den Charakter der s. g. einfachen Solidarobligationen, und demgemäß haben unsere heutige Theorie und Praxis kein Interesse mehr an jener römischen Unterscheidung. Wir haben nur Eine Art von Solidarobligg., Solidar- und Correalobligation sind identische Begriffe. Nur das kann hinzugefügt werden, daß im Wechselrecht (Indossament, Accept, Aval) ein neues Anwendungsgebiet für die Correalität oder Solidarität geschaffen ist: vergl. Kuntze Deutsches Wechselrecht, Grundzüge §. 9. und Excurse §. 41. Andere Ansichten s. bei Samhaber a. a. O. S. 179 ff. u. Baron a. a. O. S. 381 ff.]

Insofern bei der activen Correalität (correi credendi) Jeder das Ganze zu fordern hat, und bei der passiven (correi debendi) Jeder

für das Ganze verpflichtet ist, während gleichwohl nicht öfter als ein Mal geleistet wird, begegnen wir in der Praxis vorzüglich folgenden Fragen:

1) Ist, wenn Mehrere sich zusammen verpflichten, immer ihre ausdrückliche Erklärung, daß Jeder für das Ganze haften wolle, nöthig, um eine Correalverbindlichkeit annehmen zu können?
2) Steht demjenigen Correalschuldner, welcher das Ganze bezahlt hat, der Regreß gegen die übrigen Correalschuldner zu?
3) Haben Correalschuldner, insofern die Obligation auf Leistung theilbarer Gegenstände gerichtet ist, auf das beneficium divisionis Anspruch?
4) Steht es dem Gläubiger, wenn er einen der Correalschuldner in solidum belangt hat, noch frei, denselben wieder fahren zu lassen, und einen Andern auf das Ganze zu belangen?
5) Wenn ein Gläubiger gegen einen der correi debendi nur pro parte geklagt, und wenn er dessen Rate angenommen hat, kann er diesen dann doch noch auf den Rest des Ganzen belangen, ohne dem Einwande der freiwilligen Theilung zu unterliegen?
6) Während es in der Natur des Correalverhältnisses liegt, daß jeder Correalgläubiger bei Allem, was er mit dem Bestand der Obligation vornimmt, mit voller Wirksamkeit in solidum handelt, mithin die Obligation aufheben oder modificiren kann, wie wenn er der Einzige wäre, l. 31. §. 1. D. 46. 2.,*) entstehen gleichwohl in Ansehung einiger auf besondere Thatsachen begründeter Aufhebungsarten der Verbindlichkeit, z. B. der Compensation, Remission, Zweifel, ob auch diese eine allgemein befreiende Wirkung haben, wenn sie gleich nur in der Person Eines der Theilnehmer eingetreten sind?
7) Ist der Correalgläubiger, welcher seine Forderung in den mehreren Concursen seiner Correalschuldner liquidirt, und

*) Damit hängt es zusammen, daß der Schuldner, wenn er bereits von einem der Correalgläubiger belangt worden ist, keinen der übrigen Correalgläubiger durch Zahlung gratificiren darf. Er würde dadurch von seiner Verbindlichkeit gegen den Kläger nicht frei; Glück Thl. IV. S. 519., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 87. S. 147. Die Folgen des obigen Satzes äußern sich auch in den Fällen, wo es auf einen Eid ankommt; ex duobus reis promittendi ejusdem pecuniae alter juravit: alteri quoque prodesse debet, l. 28. §. 3. D. 12. 2.

aus der Masse des Einen seine Forderung nur theilweise erhalten hat, verbunden, seine Liquidation gegen die zweite Concursmasse nur auf den Rest seiner Forderung zu beschränken, oder kann er von jeder Masse aus seiner vollständigen Forderung die nach Maßgabe des Distributionsbescheids treffende Rate verlangen?

Zu 1) Wenn auch v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 573. Anm. 2. S. 74. (der 6. Aufl.) nicht gerade ausdrückliche Worte für nöthig hält, insofern nur die Absicht der Parteien, eine Correalverbindlichkeit zu begründen, aus dem Vertrag mit Sicherheit hervorgeht, so wird doch ohne bestimmten Ausdruck diese Sicherheit im Vertragsinstrument schwerlich zu finden seyn, daher wohl mit Recht von Ribbentrop zur Lehre v. Correalobl. S. 116. u. Anm. 18. und von Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. VI. S. 439. zur Begründung einer Correalobligation die ausdrücklich darauf gerichtete Absicht erfordert und im Zweifel nur eine getheilte Verbindlichkeit angenommen wird; Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 178. u. 180. Nach l. 11. §. 1. u. 2. D. 45. 2. werden, wenn Zwei sich in einer Urkunde eine Summe stipuliren, oder Zwei sich zu einer Summe verpflichten, im Zweifel nur Kopftheile angenommen, wenn der Zusatz fehlt, daß die Einzelnen das Ganze angelobt haben; cf. pr. §. 1. J. 3. 16. (17.) Dasselbe verordnet die Nov. 99. c. 1.; vergl. die deutsche Uebersetzung des Corp. jur. Bd. VII. S. 481. Anm. 3. Bestimmten Ausdruck fordert auch l. 5. C. 4. 2. in solidum accepta mutua quantitate, und es stimmt damit überein, daß nach l. 1. u. 2. C. 7. 55. und l. 43. D. 42. 1. ein Erkenntniß, durch welches Mehrere zusammen in eine Summe verurtheilt worden sind, eine solidarische Verbindlichkeit nur dann begründet, wenn diese im Erkenntniß ausgedrückt ist. — Vergl. auch Samhaber zur Lehre v. d. Correalobligg. S. 164.

Zu 2) Consequenz nöthigt zur Verneinung dieser Frage, weil derjenige, welcher das Ganze schuldet, durch Zahlung des Ganzen nicht mehr leistet, als seine eigene Schuld. Man kann ihn auch nicht als negotiorum gestor zu einem Anspruch an die Andern berechtigt erachten; dies ist er zwar bei der blos solidarischen Verbindlichkeit,*) denn da hebt der Zahlende zugleich die selbständige Verpflichtung des Andern auf, aber nicht bei der Correalverbindlichkeit, wo

*) [Diese Ansicht vertheidigt v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 573. Anm. 3. No. 4.]

jeder Verpflichtete die Verbindlichkeit ganz und so vollständig in seiner Person repräsentirt, als wäre er der alleinige Schuldner. Es muß daher ein besonderer Verpflichtungsgrund hinzukommen, welcher den zahlenden correus berechtigen kann, an den anderen correis debendi einen Regreß zu suchen. Dieser kann bestehen: a) in einem Societätsverhältniß, l. 62. pr. D. 35. 2. — b) in einem dem Andern überlassenen unmittelbaren Geschäftsvortheil, l. 2. C. 8. 40. Hierher gehören auch die Fälle der Intercession und des Mandats. Durch Cession der Klage von Seite des Gläubigers kann sich übrigens der zahlende Correalschuldner ganz einfach des zu nehmenden Regresses halber versichern; l. 47. D. 19. 2. Diese gegen die frühere, in neuerer Zeit noch von Sell in Linde's Zeitschr. Bd. III. S. 370.*) vertheidigte Praxis, welche allgemein act. negot. gest. utilem gestattete (s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. no. 134., Glück Thl. IV. S. 528. und die in Anm. 92., sowie von Walch Controv. j. c. pag. 552. §. 7. für diese auch von ihm angenommene Meinung angeführten Schriftsteller), nun wohl allgemein angenommene Lehre**) ist v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 573. Anm. 3. unter sorgfältiger Kritik der abweichenden Meinungen auf das Ueberzeugendste ausgeführt; vergl. v. Savigny Obl.-R. Bd. I. S. 239. [welcher sich wieder für die Ansicht der Praxis ausspricht; dagegen aber s. v. Vangerow a. a. O. S. 83—86. (der 6. Aufl.)]. Die Praxis hat sich gleichwohl noch nicht so ganz mit der Theorie befreundet, denn sie gestattet dem correus debendi, welcher das Ganze bezahlt hat, ohne sich von dem Gläubiger actiones cediren zu lassen, gleichwohl gegen den correus act. neg. gest. utilem aus dem Grunde, weil von selbst anzunehmen sey, seiner Zahlung sey die Absicht zu Grunde gelegen, auch mit Rücksicht auf die gleichmäßige Verbindlichkeit des Andern zu zahlen. Daraus, daß der römische Jurist und der römische Gesetz=

*) s. jedoch die ebendas. Bd. VI. S. 415. dagegen von v. Schröter zu der Lehre von den Correalobligationen gründlich durchgeführte Widerlegung.

**) Vergl. die Lehrbücher von Thibaut §. 138., Schweppe Bd. III. §. 374., v. Wening-Ingenheim Bd. II. S. 65. (§. 43.), Seuffert §. 228., Valett §. 451., Mühlenbruch Bd. II. §. 492., Puchta §. 235., Roßhirt d. gem. Civilr. §. 374., Bucher d. Recht d. Forderungen §. 117., Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 186., Koch a. a. O. Bd. II. §. 65., Rubo über Theilbarkeit der Obligationen S. 112., v. Habicht rechtl. Erörter. Bd. I. S. 1., Becker Samml. von Rechtsf. Bd. III. Obs. 158. Neuerlich hat Bopp in seinen Mittheilungen aus den Materialien der Gesetzg. und Rechtspflege im Großherzogthum Hessen Bd. II. no. 4. u. 5. eine Abhandlung über das auxilium divisionis der correi geliefert.

geber die wenigstens früher auf einer Stipulation beruhende Willenserklärung so strict ausgelegt habe, scheine nicht zu folgen, daß die gleiche Auslegung auch den jetzigen Rechtsbegriffen angemessen sey, und daß man das nicht als gesetzlich anzuerkennen habe, was Recht ist, wenn eine Partei die Klage abgetreten habe, zu deren Abtretung sie doch aus dem Grunde rechtlich verbunden ist, weil sie nur Einmal das Ganze ansprechen darf; s. Hufnagel Mittheil. aus der Praxis der Würtemberg. Civilgerichte H. I. S. 82. Alle Schwierigkeit scheint sich durch die neuerliche Deduction v. Savigny's a. a. O. zu heben [s. dagegen v. Vangerow a. a. O. u. Samhaber zur Lehre v. d. Correalobligg. S. 192 ff.], daß in allen Fällen einer rechtlich erzwingbaren Cession auch ohne den Umweg einer Cession nach römischen Rechtsgrundsätzen eine act. utilis gestattet sey. — Unstreitig ist übrigens in Ansehung der solidarischen Delictsobligation der Satz begründet, daß der zahlende socius delicti keinen Regreß an die übrigen gleichfalls solidarisch verpflichteten socios delicti habe; s. vorzüglich l. 1. §. 14. D. 27. 3. [s. v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 573. S. 81. (d. 6. Aufl.)].

Zu 3) Ungeachtet nach dem vorausgeschickten Begriff vom Correalverhältniß eine andere als die verneinende Beantwortung kaum möglich scheint, hat sich in der Praxis — trotz mehrfacher auf sie gemachter Angriffe (s. die in Glück Thl. IV. S. 526. Anm. 85. angeführten Autoritäten, welchen noch beizufügen ist: Asverus Sp. inaug. ad Nov. 99. c. 2. u. 3. Jen. 1822., Braun Dictaten zu Thibaut §. 227., Burchardi im civilist. Archiv Bd. XIX. S. 49., welchem auch Heimbach in Linde's Zeitschr. Bd. XVI. S. 65. dahin beistimmt, daß die Nov. 99. c. 1. nicht auf Correalobligationen bezogen werden könne) — gleichwohl die bejahende Entscheidung unserer Frage (lediglich den Fall eines Delicts, und der auf einer testamentarischen Anordnung beruhenden Correalobligation ausgenommen) gestützt auf die eben angeführte Nov. 99. (welche indessen nur von correis debendi spricht, die sich wieder für einander verbürgt hatten, wo dann das den Bürgen gestattete benef. divisionis stattfinden mußte) unleugbar fixirt; Glück a. a. O. S. 526. und die große Zahl der in Anm. 87. u. 88. von ihm angeführten Autoritäten, welchen auch die Mehrzahl neuerer angesehener Rechtsgelehrten sich zugesellt, Ribbentrop zur Lehre von Correalobligationen S. 116. Anm. 18., Appelius im civilist. Archiv Bd. XVI. S. 292—302., Neustetel u. Zimmern römisch-rechtl. Untersuchungen S. 274., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 365. §. 176., desgl. die Lehrbücher von v. Wening-

Ingenheim Bd. II. §. 207. (§. 14.), Seuffert a. a. O. §. 228., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 89. S. 131. Doch darf man wohl nicht ein beneficium divisionis in dem Sinne annehmen, wie v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 67. (§. 44.) und in Linde's Zeitschr. Bd. IV. S. 382. unter Anführung mehrerer Gewährsmänner, namentlich Schweppe Lehrb. §. 511., Zimmern a. a. O. S. 267., Bucher R. d. Ford. S. 407., Seuffert Lehrb. §. 385., daß nämlich durch die Theilung die solidarische Verbindlichkeit nun absolut in eine obligatio pro parte dergestalt umgewandelt werde, daß der Gläubiger nach geschehener Theilung oder nach der Litiscontestation sich auch dann nicht an den einen correus für das Ganze halten könne, wenn er vom Andern wegen dessen eingetretener Insolvenz nichts erholen kann.*) Denn wenn auch nicht das ältere Recht, l. 26. l. 51. §. 4. l. 52. §. 1. D. 46. 1. — l. 16. C. 8. 41., offenbar durch Justinian's Bestimmung, l. 28. C. 8. 41., daß der Gläubiger sein Recht gegen die übrigen Fidejussoren weder durch die Litiscontestation mit dem Einen, noch durch dessen Verurtheilung, sondern nur durch die wirkliche Befriedigung von Seiten desselben verlieren soll, als abgeändert betrachtet werden müßte, so ist doch unzweifelhaft in der Nov. 99., welche, wie ihre Eingangsworte zu erkennen geben, mit der erst 4 Jahre früher erlassenen Nov. 4. in Verbindung zu setzen ist (s. Sell in Linde's Zeitschr. Bd. III. S. 250 ꝛc.), übereinstimmend mit l. 47. D. 19. 2. — l. 1. §. 12. D. 27. 3. — l. 2. C. 8. 40. die Verfahrungsart ganz bestimmt und in einer Weise vorgezeichnet, welche mit einer absoluten Theilung unmöglich verwechselt werden kann. „Wenn nämlich Jemand Correalschuldner erhält, welche sich gegenseitig verbürgen, und nicht hinzufügt, daß auch ein jeder von ihnen auf das Ganze gehalten seyn müsse, so soll die Klage gegen alle auf gleiche Theile angestellt werden; wenn aber so etwas hinzugefügt worden ist, so soll zwar der Vertrag befolgt, jedoch nicht sogleich

---

*) Bei dem von v. Wening-Ingenheim a. a. O. für diese Meinung angeführten Schweppe findet man in §. 511. der neuesten von Mejer fortgesetzten Ausgabe solche gänzlich aufgegeben, und vielmehr das gerade Gegentheil gelehrt: „die Rechtswohlthat der Theilung besteht darin, daß ein Correalschuldner verlangen darf, der Gläubiger solle zu Anfang erst die rata der Schuld verlangen, und also jeden Einzelnen ausklagen, auf das Ganze gegen einen der Schuldner aber nur dann Anspruch machen, wenn die Bemühung, von den Einzelnen die getheilte Forderung zu erhalten, vergebens gewesen sey. Können die Uebrigen zahlen, so wird die ganze Schuld liberirt, wenn nicht, so muß Derjenige, welcher sich der Rechtswohlthat der Theilung bediente, dann doch das Ganze, oder das von den Uebrigen noch nicht Bezahlte entrichten."

von Anfang an von jedem das Ganze gefordert, sondern anfangs auf den Theil, auf welchen ein jeder gehalten ist, geklagt werden. Der Kläger soll aber auch die übrigen in Anspruch nehmen, wenn sie zahlungsfähig und anwesend sind, und dann sollen sie jeder zu seinem Theil zahlen. Wenn es sich aber ergibt, daß die übrigen, seyen es alle oder einige, sey es auf einen Theil oder auf das Ganze, nicht zahlungsfähig seyen, oder auch, wenn sie abwesend sind, so sollen sie auch auf das gehalten seyn, was von den übrigen nicht erlangt werden konnte;" cf. l. 3. C. 8. 41. — Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. §. 380., Schweppe a. a. O. §. 374., Warnkönig Comm. T. II. P. I. §. 543., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 486. i. f. u. not. 22.

Zweifelhaft bleibt es übrigens immer, ob überhaupt die Nov. 99. und das in ihr für die Bürgen begründete benef. divis. auch auf Correalschuldner anwendbar sey. Der Natur der Sache nach scheint bei ihnen nur dann eine Theilung stattfinden zu können, wenn die mehreren Correalschuldner gleichmäßig an den Vortheilen der Schuld, in Betreff deren sie sich correaliter verpflichtet haben, Theil nahmen, und wenn eine wechselseitige Verbürgung stattgefunden hat. Nur auf den letzteren Fall, wenn Correalschuldner mit ihrem Correalschuldvertrag noch besondere Verträge wechselseitiger Verbürgung eines Jeden für alle Uebrigen verbunden haben, bezieht auch v. Savigny Obl.-R. Bd. I. S. 282. die Nov. 99., was wohl das Richtigste seyn möchte. So auch das O.-A.-G. zu München, s. Seuffert's Archiv XII. No. 13. Eine kritische Zusammenstellung der verschiedenen Meinungen s. v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 573. Anm. 4. Dazu Fitting Die Natur der Correalobligg. S. 237 ff.

Zu 4) Es ist nun wohl keinem Zweifel mehr unterworfen, daß nach Justinian's Aenderung des älteren Rechts durch l. 28. C. 8. 41. dem Gläubiger durch die Election des Einen ein Präjudiz gegen die anderen Schuldner niemals erwachsen könne, donec per omnia ei satisfiat. Man kann demnach dem Correalgläubiger auch nicht, wie von einigen älteren Rechtslehrern, z. B. Schilter Exerc. 48. §. 17. u. 26., Stryck de cautel. contract. Sect. II. cap. 5. §. 16. mit Bezug auf l. 2. D. 45. 2. — l. 16. C. 8. 41., irrig geschehen ist, das Variationsrecht verweigern; s. l. 23. C. 8. 41. Walch Controv. jur. civ. pag. 552. §. 6., Glück Thl. IV. S. 524., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 2029., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. Med. 133., Leyser Sp. 522. med. 6., v. Wening-Ingenheim in Linde's Zeitschr. Bd. IV. S. 386. Man darf auch, wie Glück Thl. IV.

S. 525. bemerkt, nicht mit Mevius Dec. P. III. dec. 419. P. VI. dec. 92. daraus, daß der Gläubiger die mehreren correos debendi zusammen in derselben Klagschrift belangt, die Folge ziehen, daß er sich seines Correalrechts habe begeben und die Obligation theilen wollen, wofern er nicht in der Klagschrift deutlich erklärt, von jedem nur die Zahlung seines Antheils zu verlangen; Sintenis Civilr. Bd. II. §. 89. S. 139. (der 2. Aufl.).

Zu 5) Die schlechthin verneinende Meinung Einiger (s. Carpzov Jurispr. for. P. II. const. 17. def. 11., Schilter Exerc. 48. §. 17.) schien zwar in l. 18. C. 2. 3. — l. 16. C. 8. 41. begründet; allein schon obenbemerktermaßen sind diese Entscheidungen durch l. 28. C. 8. 41. als aufgehoben zu erachten. Ueberdem beweisen dieselben nicht einmal das, was man aus ihnen abnehmen will, denn die l. 18. cit. erfordert erst den Beweis des geschehenen Verzichts auf ungetheilte Forderung, und l. 16. cit. setzt den Fall voraus, daß gegen sämmtliche Bürgen nur antheilig geklagt und so der Streit befestigt worden ist, wodurch dann freilich der Solidaranspruch aufgehoben und ein Rücktritt unzulässig erschiene, l. 51. §. 4. D. 46. 1. — v. Bülow Abhandl. Thl. II. Abth. I. S. 153., v. Wening-Ingenheim in Linde's Zeitschr. Bd. IV. S. 403. §. 8., Koch d. R. d. Ford. Bd. II. S. 21. — l. 51. §. 4. l. 52. §. 1. D. 46. 1., dagegen nicht schon durch Einforderung und Annahme eines Theils der Schuld von einem der correi debendi das Recht auf das Ganze als verzichtet angesehen werden kann. Damit stimmen überein: Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. Med. 136., Walch Controv. j. c. pag. 551. §. 5. (Ed. 3.), Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 45. tit. 2. §. 21., Cocceji jus controv. Lib. 45. tit. 2. qu. 14., Struv. Syntagma jur. civ. Ex. 47. §. 29., v. Bülow a. a. O., Glück Thl. IV. S. 524. Anm. 78., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 185. — cf. l. 8. §. 1. D. de leg. I. (30.) — l. 23. C. 8. 41. — Sintenis Civilr. Bd. II. §. 89. S. 130.

Zu 6) Unstreitig gilt für die reine Correalobligation die Regel, daß alle Handlungen des Einzelnen, und alle — wenngleich nur in der Person des Einzelnen vorkommende Ereignisse, wenn sie die obligatio in ihrem objectiven Bestande aufheben, das ganze obligatorische Verhältniß auch für alle übrigen correi auflösen, wogegen blos subjective Beziehungen (welche, wenngleich nur eine einzige obligatio vorhanden ist, welche ungetheilt auf mehrere Subjecte — Gläubiger oder Schuldner — bezogen wird, doch sowohl von Anfang her, als in der Folge sich verschieden gestalten können) lediglich für sich be-

stehen, und ihre Wirkungen auf die Einzelnen beschränken. So wirkt unstreitig die Confusion, l. 5. D. 46. 1., die restitutio in integrum, der concursus duarum causarum lucrativarum, der Wegfall des Interesses und die Verwirkung der Forderung zur Strafe in der Person eines der mehreren Gläubiger immer nur beschränkt auf die Person, in welcher ein solcher Umstand eintritt, gleichwie auch, wenn ein correus debendi in moram versetzt ist, die Strafen des Verzugs nur ihn und nicht die anderen correis treffen. Hingegen als den objectiven Bestand der obligatio betreffende Handlungen und Ereignisse, welche nach dem aufgestellten Begriff eine allgemein befreiende Wirkung haben, wenn sie gleich nur in der Person Eines der Theilnehmer eingetreten sind, erkennen wir die Zahlung, die Novation,*) den abgeleisteten Schiedseid über den Grund der Verbindlichkeit, und die rechtskräftige Aberkennung der Existenz der Verbindlichkeit.

Zweifel und Verschiedenheit der Meinungen hat sich jedoch in Ansehung folgender Aufhebungsarten der Verbindlichkeit erhoben:

a) der Compensation,

b) der Remission, oder des pactum de non petendo seu in personam seu in rem conceptum.

Zu a) Die Compensation betreffend, und zwar

1) in Beziehung auf correi debendi: da kann es zwar, weil compensatio mit solutio gleiche Wirkung hat, keinem Zweifel unterliegen, daß der Schuldner, welcher gegen einen der Correalgläubiger die Compensation bereits in das Werk gesetzt hat, dadurch auch gegen die anderen Correalgläubiger frei wird; l. 4. l. 14. C. 4. 31. — l. 4. D. 20. 4. Wie aber, wenn die Compensation noch nicht wirklich durchgesetzt, wenn nur eine compensable Gegenforderung vorhanden ist? z. B. der eine Correalschuldner wird belangt, während der andere Correalschuldner sich mit einer compensablen Gegenforderung schützen könnte. Daß da der Beklagte nicht auch für sich die dem Andern zustehende Compensationsbefugniß geltend machen könne, wofern

*) Ueber die angemessenste Vereinbarung der scheinbar entgegenstehenden l. 27. pr. de pactis (2. 14.) mit l. 31. §. 1. D. de novat. (46. 2.), welche der Natur der Sache gemäß ganz bestimmt ausspricht: novatione quoque liberare eum ab altero potest, s. vorzüglich v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 573. Anm. 5. no. 2., vergl. Braun Dictaten zu Thibaut S. 237., Huebel D. reus stipulandi num paciscendo et novando correo noceat. Lips. 1822. Insbesondere über l. 31. §. 1. D. 46. 2. s. Huschke in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. II. S. 153.

nicht Beide im Societätsverhältniß stehen, ist entschieden in l. 10. D. 45. 2.*) Aber auch ein Societätsverhältniß Beider vorausgesetzt, kann die Zulässigkeit der Compensation zweifelhaft werden, wenn zwar die Schuld eine Societätsschuld ist, die Gegenforderung des einen socius aber nicht der Societät angehört. Verschiedenartige Entscheidungen eines solchen Falles finden sich in Kritz Samml. von Rechtsf. Bd. III. S. 240. Das Sachverhältniß war dieses: das Handelshaus X. hatte bei der Societätshandlung R. und T. einen Saldo von 2000 Thlrn. gut, welchen der Massacurator des Handelshauses X. gegen R. und T. einklagte. Da nun aber T. für seine Person (also nicht Namens der Societätsfirma) 2100 Thlr. an X. zu fordern hatte, so war es in dem Interesse des R. nicht minder als des T., durch des Letzteren Gegenforderung die Forderung des Massacurators von X. im Ganzen aufzuheben, weshalb sie die Einrede der Compensation auf die Totalität geltend zu machen sich bemühten. In erster und zweiter Instanz wurde sie aber nur dem T. auf die Hälfte der gegen Beide libellirten Forderung unbedingt zugestanden, in Betreff der anderen Hälfte hingegen nur auf den Fall, wenn R. schon vor ausgebrochener Insolvenz des X. Miteigenthümer des Guthabens des T. geworden wäre. Dahingegen wurde in dritter Instanz die ganze Forderung durch die bei dem T. eingetretene Compensation als getilgt erkannt. Es wurde nämlich angenommen: Unter Handlungsgesellschaften komme die Compensation des Einen auch dem Andern zu Statten, gleich als ob Beide die compensable Gegenforderung ursprünglich erworben hätten, denn jedem Theilhaber einer Compagniehandlung liege eine Correalverbindlichkeit

*) Nicht alle Rechtsgelehrten nehmen es gleichwohl als entschieden an. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 159. Anm. 10. lehrt ohne Unterschied: Compensation eines correi debendi liberire die Andern, und nütze, gegen einen correus credendi gebraucht, auch gegen die Uebrigen. Nicht entgegen sey l. 10. D. 45. 2. – Heimbach in Weiske's Rechtsl. Bd. II. S. 722 rc. neigt sich zu dieser Ansicht nicht ganz, indem er von dem Grundsatz, daß Niemand mit der einem Andern gegen seinen Gläubiger zustehenden Forderung compensiren könne, eine Ausnahme nur für wahrscheinlich hält bei correis debendi, welche einander aus dem Correalverhältniß zu entschädigen verpflichtet sind; s. auch Krug a. a. O. S. 161. Die l. 10. D. 45. 2. sagt deutlich: si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet. Damit stimmt überein Glück Thl. XV. §. 933. a. E. S. 100., Schweppe a. a. O. Bd. III. S. 582. Anm. 1.

zur Vertretung der Handlungsschulden ob, vermöge deren er durch Befriedigung des Gläubigers seine übrigen Mitschuldner liberire, und dagegen von diesen die Wiedererstattung dessen zu verlangen berechtigt sey, was von der gezahlten Summe auf deren Antheil zu berechnen komme. Auch bedürfe es zur Compensation nicht erst einer besonderen Willenserklärung, sondern sie trete ipso jure ein. Ob der Gläubiger gegen die socii in solidum oder nur getheilt klagt, dies schien keinen Unterschied zu machen, denn sonst würde das in l. 10. cit. begründete Compensationsrecht eines socius ganz der selbständigen Wirksamkeit beraubt, von der bloßen Willkür des Klägers abhängig gemacht. — Gegen diese Entscheidung lassen sich indessen erhebliche Zweifel aufwerfen. Die l. 10. cit. sagt nämlich nur: „wenn zwei Stipulationsverpflichtete nicht Gesellschafter sind, so kann dem Einen nicht zu Statten kommen, daß der Stipulator dem Andern Geld schuldig ist." Wenn man nun auch das argumentum a contrario für den Ausspruch gebrauchen kann: „wenn sie aber socii sind, so kann dem Einen zu Statten kommen, was der Gläubiger dem Andern schuldig ist," so folgt daraus doch wohl noch nicht, daß der Eine mit etwas compensiren könne, was weder ihm noch der Gesellschaft gehört, was diese vielmehr als privatives Eigenthum des Andern gar nichts angeht; Glück Thl. IV. S. 522. Anm. 75. Auch kann die Erklärungsart, welche die Urtheilssprecher von dem Satz: compensatio fit ipso jure in der Art machen, als ob Compensation nicht einen wirklichen Act erfordere, sondern Compensationsfähigkeit der Forderungen damit gleichgelte, aus Gründen, welche unten Kap. VI. v. d. Compensation Fr. 1. ausgeführt werden sollen, und mit welchen auch v. Savigny Obl.-R. Bd. I. S. 168. übereinstimmt, gewiß nicht gebilligt werden. [Vergl. A. D. Handelsgesetzb. Art. 121.]

2) in Beziehung auf correi credendi. Hier fragt es sich besonders, ob nicht wenigstens dann, wenn sie mit einander im Societätsverhältniß stehen, der Schuldner eine Gegenforderung, welche er an einen von ihnen hat, auch gegen den Andern durch Compensation geltend machen könne? Ungeachtet Glück Thl. IV. S. 522. die aufgestellte Frage bejaht, indem er annimmt, daß ein correus credendi schuldig sey, sich die Gegenschulden des andern correus credendi anrechnen zu lassen, ist wohl doch mehr Grund für die entgegengesetzte Behauptung, daß er sich

dieselben nicht anrechnen zu lassen braucht, selbst wenn der andere correus credendi sein socius ist; v. Vangerow a. a. O. Bd. III. S. 89. §. 573. Anm. 5. In der Praxis wird die Frage nicht leicht entstehen; denn, wenn der Schuldner einen der Correalgläubiger selbst zum Schuldner hat, so wird er, da ihm die Wahl offen steht, welchem er zahlen will, nicht säumen, mit diesem abzumachen, und hat er einmal mit diesem compensirt, so kann der andere Correalgläubiger die erloschene Forderung nicht mehr in das Leben bringen. In dieser Art möchte auch Unterholzner's mit Glück conforme Behauptung einzuschränken seyn, s. Schuldverh. Bd. I. S. 556.: „wenn mehr Personen ungetheilt berechtigt sind, so scheint dem Schuldner ganz allgemein verstattet werden zu müssen, daß er die Schuldforderungen, die ihm gegen den einen oder andern der Gläubiger zustehen, gegen jeden von ihnen zur Gegenrechnung benutze. Sowie man nämlich die Wahl hat, an den einen oder andern Gläubiger die Schuld abzutragen, so kann man auch gegen den einen oder andern abrechnen." *)

Zu b) Wir gehen nun zu dem Fall der Remission oder des pactum de non petendo über. Gewöhnlich pflegt man zu unterscheiden zwischen einem pactum in rem und in personam conceptum. Diese Unterscheidung, welche man deshalb für nöthig erachtete, weil ja überhaupt die Wirkungen eines Vertrags nicht über die Person der Contrahenten hinaus gehen können, scheint hier fast müßig zu seyn; denn bei einer Correalschuld, wo Einer wie der Andere das Ganze schuldet, tritt die Person in den Hintergrund dergestalt, daß in der Regel nur die res als Gegenstand des Erlaß- oder Nachlaß-Vertrags gedacht werden kann. Läge aber auch wirklich ein pactum in personam conceptum vor, was nur dann angenommen werden kann, wenn die individuelle Beschränkung auf die Person eines Berechtigten oder Verpflichteten ausdrücklich im Vertrag ausgesprochen ist, so würde die Entscheidung wohl nicht unmittelbar aus den Gesetzen, sondern aus dem Inhalt des Vertrags zu schöpfen seyn. In der Regel ist aber

*) Dagegen ist nämlich einzuwenden, daß — wie Glück selbst Thl. IV. S. 519. anerkennt — der Schuldner dann die Wahl nicht mehr hat, wenn er sich einmal von dem einen der correi credendi hat verklagen lassen; diesen könnte er nur dann abweisen, wenn er mit dem Andern schon compensirt hätte. Daß er hätte compensiren können, hilft ihm nun nichts mehr, weil die Compensabilität nur durch die wirklich vorgeschützte exceptio hätte wirksam werden können.

ein pactum in rem anzunehmen; s. v. Savigny Obl.=R. Bd. I. S. 172. Es fragt sich nun:

a) wenn zwei Schuldner sich correaliter verpflichtet haben, von welchen der Eine mit dem gemeinsamen Gläubiger einen Erlaßvertrag abschließt, kann dann auch der Andere gegen die Klage des Gläubigers exc. pacti geltend machen?

Nach dem reinen Correalverhältniß muß dies verneint werden; es kann aber ein anderes dem Correalverhältniß an sich ganz fremdes Rechtsverhältniß hinzutreten, wodurch auch dem zweiten Schuldner, der den Vertrag nicht schloß, die exc. pacti gestattet werden muß, nämlich, wenn die gegen den zweiten Schuldner durchgeführte Klage in ihren Folgen zugleich auch den ersten Schuldner treffen und ihm den Vortheil seines Vertrags wieder entziehen würde; z. B. wenn beide rei promittendi in einer Societät stehen, denn da würde ja der Vertragschließende correus den Zweck des Erlasses nicht erreichen, wenn der andere correus doch noch angegriffen und dadurch in den Fall gesetzt werden könnte, Jenen von Rechtswegen zur Hälfte dessen zu belasten, was Er zahlen müßte. Dies gilt vermöge seines besonderen Grundes ohne Unterschied zwischen pactum in rem oder in personam conceptum; l. 21. §. 5. D. 2. 14. — v. Bülow Abh. Thl. II. Abth. 1. S. 168., v. Savigny a. a. O. S. 176 ꝛc., obgleich Andere dissentiren; s. v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 573. Anm. 5. No. II. (S. 104. der 6. Aufl.), Braun Dictaten zu Thibaut S. 239.

b) Wenn von zwei Gläubigern in solidum der Eine mit dem gemeinsamen Schuldner einen Erlaßvertrag schließt, hindert dies den Andern, sein Recht noch gegen den Schuldner geltend zu machen?

Diese Frage ist durchaus zu verneinen, wenngleich das pactum in rem geschlossen ist, und beide Gläubiger in Societät stehen, denn das Societätsverhältniß gestattet zwar jedem von ihnen eine gewisse Verfügung über die gemeinsame Forderung; allein diese Verfügung geht nur darauf, daß jeder das Recht hat, die ganze Forderung einzuklagen, nicht aber auf die Abschließung eines Erlaßvertrags; l. 27. pr. D. 2. 14.

Abweichende Ansichten Anderer scheinen uns der Consequenz zu ermangeln, und insbesondere ist die von Guyet in s. Abh. S. 287. versuchte Gleichstellung mit der acceptilatio als un=

haltbar nachgewiesen; s. v. Scheurl Beiträge Bd. II. H. 1., v. Vangerow Pand. a. a. O. (S. 105. d. 6. Aufl.)

Zu 7) v. Hartitzsch führt in s. Entscheidungen prakt. Rechtsfragen no. 104. eine Entscheidung des Appellationsgerichts in Leipzig dahin an: „hat ein Correalgläubiger die ihm zuständige Forderung in den verschiedenen Concursen seiner Correalschuldner liquidirt, so ist die Partialzahlung, welche er aus einem Concurse erhielt, auf die auch in dem Concurse des andern Correalschuldners liquidirte Forderung insofern ohne Einfluß, als er, so lange er nicht vollständig befriedigt ist, den vollen Betrag seiner Forderung in Ansatz bringen kann." Auch Kori hat in seinen früher erschienenen Erörterungen prakt. Rechtsfr. Thl. III. S. 41. zwei in gleichem Sinne ergangene Erkenntnisse des Königl. Sächs. Appell.-Ger. v. J. 1823 und 1828 angeführt. Diese Entscheidungen, mit welchen mehrere handelsrechtliche Autoritäten übereinstimmen, und welche die meisten Wechselordnungen zu unterstützen scheinen (s. Beck Wechselr. S. 319., Scherer Handb. d. Wechselr. Thl. II. S. 72. voc. Indossatar §. 12., cf. Einert Progr. de locando creditore cambiali, qui regressum exercet in concursibus creditorum. Lips. 1829.) hat wohl hauptsächlich darin ihren Grund, daß der Gläubiger, wenn er in jedem Concurs nur den Rest seiner im andern Concurs nur theilweise befriedigten Forderung liquidiren, mithin auch nur aus diesem Rest die Rata bekommen könnte, nothwendig immer verlieren müßte, während doch das Wechselgeschäft auf einen fortwährenden Rückhalt berechnet, auch jeder Indossatar als Bürge anzusehen ist, welcher bis zur völligen Befriedigung des Gläubigers haftet. Kori a. a. O. ist nun zwar damit gar nicht einverstanden,*) und findet es parador, daß auf diese Weise der Gläubiger in dem einen Concurs 60, im andern 50 Procente, mithin am Ende mehr als seine ganze Forderung erhalten könnte; indessen wird einer solchen allerdings unzulässigen Erscheinung vorgebeugt werden können. Man muß nämlich dem Wechselgläubiger die Anmeldung seiner ganzen Forderung in der Concursmasse eines jeden Wechselverpflichteten gestatten, aber auch die Abrechnung dessen, was er aus einer anderen Masse für seine Forderung erhält, dagegen bedingen; s. Meno Pöhls Wechselr. Thl. II. S. 633. §. 337. — Scherer a. a. O. [Vergl.

*) So auch Phoonsen im Amsterdamer Wechselgebrauch Kap. 41. §. 47., Savary Parere XLVIII. in Marperger's neu eröffnetem Handelsgericht S. 94. des Anhangs.

dazu Kuntze Deutsches Wechselrecht S. 115., Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. XXII. S. 320 ff. u. Löwy im Archiv f. Wechselr. u. Handelsr. XI. S. 166.]

---

§. 221.

2. Uebertragung von Obligationen. Cession.*)

Dig. XVIII. 4. Cod. IV. 39. de hereditate vel actione vendita.

a) Ueberhaupt.

1) Daß der bloße Besitz des Schuldscheins nicht genüge, um eine völlige Uebertragung der Forderung als dargethan zu betrachten, ist wohl unbestritten; wie aber, wenn der Schuldbrief zugleich die auf jeden Vorzeiger oder auf jeden getreuen Briefsinhaber gerichtete Clausel enthält?

2) Kann eine Cession im Falle der Verweigerung vom Richter ergänzt werden?

3) Können Forderungen Minderjähriger unter Autorität oder Genehmigung des Vormunds giltig cedirt werden?

4) In Ansehung der subjectiven Beschränkungen der Cessionsfähigkeit, insbesondere, daß ein Gläubiger des Mündels seine Forderung weder an den jetzigen, noch an den abgegangenen Vormund**) desselben (Nov. 72. c. 5.) cediren darf,***)

---

*) Bekanntlich kann eine Cession durch jede freie Willenserklärung geschehen, aber auch thatsächlich bewirkt werden; s. Mühlenbruch Lehre v. d. Cession S. 451., welcher hier beispielsweise die Verpfändung des Pfandrechts anführt. Hierüber Bd. II. §. 124. S. 517. Fr. 11. Eine vollständige Aufzählung der Fälle, wo die Uebertragung der Rechte unabhängig von dem Willen des Gläubigers stattfindet (gesetzliche Cession), s. Mühlenbruch a. a. O. §. 44. u. 45., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 574. Anm. 3., Schmid Grundlehren d. Cession I. Thl. §. 18 ff.

**) Dieses Verbot kann jedoch, weil bei einem jus singulare eine Analogie nicht stattfindet, wohl nicht auf Administratoren des Fiscus, der Gemeinheiten rc. ausgedehnt werden; Mühlenbruch a. a. O. S. 393., Glück Thl. XVI. S. 431., v. Vangerow a. a. O. Bd. III. §. 574. Anm. 2. a. E., wie gleichwohl früher häufig in praxi angenommen wurde, s. die bei Glück a. a. O. Anm. 20. angeführten Leyser, Wernher, Berger u. a.

***) Streitig ist übrigens, ob, wenn der Mündel aus Irrthum gleichwohl bezahlt hat, demselben eine Zurückforderung zustehe, oder ob er naturaliter

daß es ungiltig ist, wenn ein jüdischer Gläubiger seine Forderung an einen Christen einem Christen cedirt, R. A. v. 1551. §. 79., R. Pol. Ordn. v. J. 1577. tit. 20. §. 4., endlich wenn man einem Mächtigeren seine Forderung cedirt, l. 2. C. 2. 14., fragt es sich, ob die beiden letzteren Cessionsverbote h. z. T. noch praktische Geltung haben?

5) Welches sind die wesentlichen Unterschiede zwischen Cession und Assignation? Ist im Zweifel erstere oder letztere zu vermuthen? und hat der Assignatar auch Anspruch auf die bei dem debitor assignatus befindliche Deckung?

6) Gilt ebenso wie beim Kauf von Sachen, auch beim Forderungskauf der Grundsatz, daß das Eigenthum nicht anders als mittels Entrichtung der Valuta auf den Käufer oder Cessionar übergehe, sofern nicht Credit gegeben worden ist?

7) Allgemein wird gelehrt, daß weder dem in der väterlichen Gewalt Stehenden eine Forderung an den Gewalthaber, noch diesem eine Forderung an Jenen cedirt werden könne, es wäre denn, daß die Forderung zum Activum resp. Passivum des peculii castrensis oder quasi castrensis des Haussohns gehörte.*) Geschieht aber doch eine solche Cession, so fragt sich: ob dieselbe absolut nichtig, oder nur auf die Dauer des Gewaltverhältnisses unwirksam ist?

8) Als justa causa der Cession gilt ohne Zweifel auch die Schenkung, s. Mackeldey Lehrb. d. R. R. Bd. II. S. 366.;

---

obligirt bleibt? das letztere behauptet Mühlenbruch a. a. O. S. 393. und v. d. Pfordten de obl. civ. in naturalem transitu Lips. 1843. pag. 40. wegen l. 19. pr. D. 12. 6. Das Gegentheil scheint jedoch nach Nov. 72. c. 5. nothwendig angenommen werden zu müssen, da das Gesetz nicht blos eine Klage aus der Cession versagt, sondern die cedirte Forderung zum Besten des Curanden annullirt; ut iis excidat, quae legem nostram violando exinde curator acquisivit, atque illa minor lucretur; v. Vangerow a. a. O., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 128. Anm. 41.

*) Nicht nur die Personeneinheit, sondern auch ein specieller Ausspruch in l. 7. D. 44. 7. steht einer solchen Cession entgegen, verb.: actiones adversus patrem filio praestari non possunt, dum in ejus potestate sit filius; auch leuchtet von selbst ein, daß zwischen Personen, deren eine in der Gewalt der anderen steht, kein Rechtsstreit möglich ist, cf. l. 4. D. 5. 1., folglich auch von einer Klagenabtretung keine Rede seyn kann. Mühlenbruch a. a. O. §. 33., Unterholzner Schuldverhältnisse Bd. I. §. 280. S. 604., Glück Thl. XVI. S. 435., Puchta in Weiske's Rechtslexikon Bd. II. S. 643. und Anm. 16., Desselben Pandekten §. 285.

wenn nun aber eine über 500 Solidi betragende Forderung ohne die erforderliche gerichtliche Insinuation schenkungsweise cedirt wird, so fragt sich, ob die Cession wenigstens bis auf diesen Betrag gegen den cedirten Schuldner eingeklagt werden kann?

Zu 1) Thibaut hat in den früheren Ausgaben seines Systems §. 75. diese Frage noch als zweifelhaft behandelt, was sie aber längst nicht mehr ist; vergl. Bd. II. §. 102. Eigentliche Papiere au porteur (auf jeden Inhaber verlautend) bedürfen einer Cession nicht, solche aber, welche auf eine benannte Person mit dem Beisatz „oder sonstigen getreuen Briefsinhaber" verlauten, können nicht ohne Cession übertragen, und diese kann nicht auf bloße Vermuthung, sondern nur auf Beweis begründet werden. Qui sciri potest esse bonae fidei possessorem, nisi causam possessionis doceat? Mevius Dec. P. VIII. dec. 236., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 1956., v. Hartitzsch Entscheidungen no. 79., Glück Thl. XVI. S. 439. und die in Anm. 46. allda angeführten Autoren. [Dazu Kuntze Lehre v. d. Inhaberpapieren §. 95.]

Zu 2) Dies kann ohne Anstand geschehen, sowohl aus Veranlassung eines über das Vermögen des Gläubigers ausgebrochenen Concurses oder eines Particularprocesses, welches sich mit gerichtlicher Wegnahme der Forderungen endigt, l. 15. §. 8. f. D. 42. 1., als auch in den Theilungsprocessen durch die adjudicatio. Unabhängig von dem Besitz des Schulddocuments hat das Adjudicationsdecret allemal die Wirkung der Cession; s. Mühlenbruch Lehre v. d. Cession §. 40.

Zu 3) Glück Thl. XVI. S. 427. §. 1021. erklärt zwar die Zustimmung der Vormünder oder Curatoren für hinlänglich, da aber Vormünder keine Sachen der Curanden ohne obrigkeitliches Decret veräußern dürfen, ausgenommen wenn sie dem Verderb leicht ausgesetzt sind, so ist diese Frage vielmehr zu verneinen; Mühlenbruch a. a. O. §. 41.

Zu 4) Das Unpraktische

a) eines unbedingten Verbots der Cession einer einem Juden gegen einen Christen zustehenden Forderung an einen anderen Christen, durch welches der Commerz überaus gehemmt würde, hat verschiedene restrictive Auslegungen in Praxi zur Folge gehabt; z. B. daß dieses Cessionsverbot nur auf die Cession eines

unvergleiteten Juden an einen Christen bezüglich einer Forderung gegen einen Christen Anwendung finde, s. Runde deutsch. Privatr. §. 643., ferner daß dasselbe in Handlungs- und Wechselgeschäften keine Anwendung finde, indem es mit den den Juden zu Handels- und Wechselgeschäften berechtigenden Schutzbriefen im offenbaren Widerspruch stünde, s. Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 5. §. 5. not. 2., Stryck Us. mod. Pand. Lib. XVIII. tit. 4. §. 12., Eichhorn deutsch. Privatr. S. 247., Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. I. §. 117., Runde deutsch. Privatr. §. 643., Danz zu Runde Bd. VII. S. 264., überhaupt aber auch das Verbot cessire, wenn sich keine Besorgniß einer Gefährde oder kein wucherliches Geschäft zeigt*); s. Mittermaier a. a. O., Eichhorn a. a. O. Am wenigsten ist wohl diejenige Ausnahme vom Cessionsverbot zu rechtfertigen, welche von Einigen zu Gunsten gerichtlicher Cessionen gemacht wird; Stryck l. c. Andere erachten dieses h. z. T. gewiß unpassende Verbot überhaupt in Praxi nicht mehr für geltend, s. Mackeldey Lehrb. Bd. II. §. 334., v. Cramer Nebenstunden Thl. III. no. 4. §. 6. Thl. XIII. no. 6., Danz Handb. d. deutsch. Privatr. Bd. VII. S. 264., Gründler Polemik d. germ. Rechts S. 181., wenigstens nicht auf Personen von Rang und Stand anwendbar, s. Kapff merkw. Civilrechtssprüche S. 402. [v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 574. Anm. 2. No. 3. nennt die Vorschrift eine „wunderliche u. in der Praxis sehr häufig nicht mehr beobachtete". Ebenso Arndts Pand. §. 258.] Die Meisten aber glauben, daß es da, wo es nicht, wie z. B. in Sachsen, durch ein Rescript v. J. 1715, im Bayerischen Hypothekengesetz §. 53. und im Würtembergischen Edict v. J. 1828 §. 16. ausdrücklich aufgehoben ist, auch noch ohne Einschränkung beobachtet werden müsse; Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XVIII. tit. 4. §. 22. u. 23., Leyser Sp. 199. cor. 2., Glück P.-C. Bd. XVI. S. 432., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. Med. 161., Beck de juribus Judaeorum Cap. XII. §. 23., Pütter Rechtsfälle Bd. III. Thl. III. Resp. 302. no. 26., v. Selchow Rechtsfälle.

*) Darin wird aber wohl irrig der Grund des gesetzlichen Verbots gesucht, welcher vielmehr darin zu liegen scheint, daß man den Christen als potentior betrachtete, und den Schuldner nicht in eine beschränktere Lage versetzen lassen wollte, s. Unterholzner Schuldverhältnisse Bd. I. S. 609. Anm. o., Puchta Pandekten §. 285.

Bd. II. S. 7. no. 26., Mühlenbruch Lehre v. d. Cession §. 34. S. 368., Schröter Abhandl. Thl. I. S. 209., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 73. (§. 47.), Puchta Pandekten §. 285.; doch räumen auch diese Schriftsteller ein, daß das Gesetz auf folgende Fälle nicht anwendbar sey: 1) wenn ein Jude die ihm an einen andern Juden zustehende Forderung einem Christen, oder 2) wenn ein Christ die ihm an einen andern Christen zustehende Forderung einem Juden, 3) wenn ein Christ die an einem Juden zustehende Forderung einem Christen, 4) wenn ein Christ das, was ihm ein Jude schuldig ist, an einen andern Juden cedirt; s. Berger l. c., Glück Thl. XVI. S. 434., Danz zu Runde Bd. VII. S. 265.

b) Die cessio in potentiorem ist nach l. 2. C. 2. 14. nur insofern als verboten anzusehen, als sie in böser Absicht geschieht, dem Schuldner einen mächtigeren Gegner vorzuschieben, was freilich dann, wenn die Cession blos simulirt geschieht, unleugbar der Fall ist, aber auch außerdem der Fall seyn kann; s. Puchta Pand. §. 285., Glück a. a. O. S. 429., Leyser Sp. 200. Med. 1. u. 2., Mevius Dec. P. III. dec. 51.; daher auch das Gesetz wohl nicht, wie Mühlenbruch a. a. O. S. 370., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 73. (§. 47.) und Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. IV. S. 96. annehmen, blos auf den Fall einer Simulation zu beschränken seyn dürfte.*) Solche Beschränkung entspräche auch nicht dem cap. 2. X. de alienat. jud. mut. causa (1. 42.). In jedem Fall ist die Folge einer solchen gesetzwidrigen Cession, daß sie nicht nur für nichtig erklärt, sondern auch die Forderung selbst aufgehoben wird. Aber zu wessen Bestem? Der herrschenden Meinung nach, wofür sie Mühlenbruch selbst, ungeachtet seiner abweichenden Ansicht erklärt, a. a. O. S. 377. u. 398., fällt die Forderung nicht dem Fiscus zu, sondern sie ist zum Besten des Schuldners vernichtet. Glück Thl. XVI. S. 428., Danz zu Runde Bd. VII. §. 643. S. 265., Thibaut System §. 536., Puchta Pand. §. 285., v. Vangerow Pand. Bd. III. S. 113., vergl.

*) Darin aber hat Mühlenbruch a. a. O. ganz gewiß Recht, und hat auch die Praxis für sich, Glück a. a. O. S. 429., daß man nicht mit Thibaut System §. 536. (Ed. 8.) und Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 65. §. 398. annehmen darf, es sey, wenn auch die Strafe wegfalle, doch immer die Nichtigkeit der Cession eine Folge auch der ohne böse Absicht geschehenen cessio in potentiorem; s. Mackeldey Lehrb. §. 334.

l. ult. D. 44. 6. Die praktische Anwendbarkeit dieses Cessionsverbots, welche Gesterding alte und neue Irrth. d. Rechtsg. S. 436. gänzlich verwirft, und besonders eine sichere Fixirung des Begriffs eines potentior nach unseren veränderten Verhältnissen, und bei unserer weit mehr gesicherten Rechtspflege wird wohl mit Recht von Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 65. bezweifelt, und mußte neuere Gesetzgebungen zu dessen Aufhebung bewegen; s. Cod. Max. Bavar. civ. P. II. Cap. III. §. 8., Preuß. Landr. Thl. I. Tit. 11. §. 411., welche auch schon implicite in denjenigen Verfassungsgesetzen liegt, welche Jedem Gleichheit vor dem Gesetze garantiren; s. Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XIV. S. 351., Seuffert Pand. §. 299. Anm. 1. (Ed. 2.) u. Arndts Pand. §. 258.

Zu 5) Man vermuthet mehr für eine bloße Anweisung als für eine Cession, s. v. Bülow und Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 95., Geiger und Glück Rechtsf. Thl. III. S. 147. — Wesentliche Verschiedenheiten zwischen beiden sind übrigens folgende: a) die Cession setzt immer eine wirklich bestehende Forderung des Cedenten an den debitor cessus voraus, was aber bei der Assignation nicht immer und nicht nothwendig der Fall ist, insofern deren Zweck blos dahin geht, daß der Gläubiger die Assignanten (assignatarius) durch Erhebung der Summe bei dem assignatus sich bezahlt mache; b) eine Verbindlichkeit des assignatus gegen den assignatarius wird nicht schon durch die Benachrichtigung des Ersteren, sondern erst durch dessen Acceptation begründet; c) vor der Acceptation hat der Assignatar gegen den Assignaten gar kein selbständiges Recht, wogegen bei der Cession es nicht auf den debitor cessus ankommt, ob er die Uebertragung anerkennen wolle oder nicht, l. 3. C. 4. 39., denn der Begriff der Cession geht dahin, daß Jemand durch ein Rechtsgeschäft oder durch gesetzliche Vorschrift*) die selbständige Befugniß erlangt habe, eine fremde Forderung zu eigenem Vortheil auszuüben, s. v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 574; d) im Zweck der Assignation liegt es nicht, daß der Assignatar in ein fremdes Forderungsrecht eintrete, sondern nur, daß er die in der Anweisung ausgedrückte Summe von dem Assignaten erhebe. Dem Assignatar steht daher auch nicht, wie dem Cessionar, actio utilis zu; vielmehr bleibt der Aussteller der Anweisung so lange verhaftet, bis der Assignat nicht nur die Uebertragung genehmigt,

---

*) Eine Zusammenstellung der Fälle einer cessio necessaria s. Mühlenbruch a. a. O. §. 37., v. Vangerow a. a. O. §. 574. Anm. 3.

sondern auch die Zahlung geleistet hat, dahingegen der Cedent für nichts weiter als für die Richtigkeit und Klagbarkeit der cedirten Forderung haftet. Mühlenbruch a. a. O. S. 226., Heise und Cropp jurist. Abhandl. Bd. II. S. 343., Thöl Handelsrecht §. 121., Unger Natur der Inhaberpap. S. 73 ff.

Aus dem Gesagten folgt für die Frage, ob der Inhaber einer Assignation oder Tratte*) auch Anspruch auf die dafür beim Assignaten vorhandene Deckung habe? die Antwort von selbst dahin: daß ein zureichender Grund, um dem Inhaber einer Tratte einen vorzüglichen oder ausschließenden Anspruch auf die bei dem Trassaten oder Assignaten vorhandene Deckung einzuräumen, wozu man im Handelsrecht hier und da geneigt scheint,**) nicht aufzufinden

---

*) Ein wesentlicher Unterschied besteht zwischen beiden nicht, sondern nur im Proceß bringt die Wechselstrenge bei der Tratte eine Verschiedenheit hervor, s. Martens Handelsr. §. 70., Trummer im Archiv f. d. Handelsr. Bd. I. S. 136. [Der Verfasser denkt hier nur an die im eng. Sinne s. g. kaufmännische Anweisung, die nach Partikularrecht allerdings nur eine modificirte Tratte (Tratte ohne Cautionsregreß) ist. Vergl. dazu A. D. Handelsgesetzb. Art. 301. Uebrigens gehört obige Frage in Betreff des Anspruchs auf die vorhandene Deckung nicht in das engere Wechselrecht, da dieser Anspruch jedenfalls nicht auf den Wechsel selbst gegründet werden kann.]

**) S. die im Archiv f. d. Handelsr. Bd. I. S. 118. u. 125. angeführten Erkenntnisse von Hamburger Gerichten, und die in Heise und Cropp,'s jurist. Abhandl. Thl. II. S. 346. aus der Gazette des tribunaux d. d. 8. u. 9. Septbr. 1828 gezogenen Entscheidungen der Gerichtshöfe zu Marseille und Aix, dagegen aber eine Entscheidung der Cour zu Paris ebend. S. 374. Anm. 62. Es ist nämlich nicht zu mißkennen, daß unsere verneinende Entscheidung zu Folgen führt, welche die den Handelsgeschäften nothwendige Treue und Glauben zu erschüttern geeignet sind. Z. B. A. gibt seinem Gläubiger B. einen auf C., bei welchem er wirklich eine hinlängliche Summe gut hat, gezogenen Wechsel auf 1000 Thlr. Gleichwohl verweigert C. die Annahme der Tratte, und inzwischen bricht bei A. der Concurs aus. Obendrein schlägt nun wohl gar ein anderer Gläubiger des A. Arrest auf das, was dieser bei C. wirklich gut hat. Wie empfindlich ist nun B. getäuscht, welcher beim Empfang der Tratte auf ein Guthaben des A. bei C. gerechnet hatte! Sollte nun nicht — wie Sieveking in den Materialien zu einem Wechselrecht §. 121. dafürhält, — B. von der Massacuratel des A. die Abtretung der demselben an den C. zugestandenen Forderungsrechte verlangen können? Zur Bejahung dieser Frage könnte man besonders durch die von Mühlenbruch in der 2. Ausg. seiner Lehre v. d. Cession S. 234. und Thibaut System §. 517. (Ed. 8.) aufgestellte und auch im Preuß. Landr. Thl. I. Tit. 16. §. 251. angenommene Definition der Assignation geneigt gemacht werden: „die Assignation sey ein Auftrag an den Assignatar, eine Forderung des Assignanten an den Assignaten zu seinem Besten einzuheben," denn hiernach schiene der Assignatar von einem

ist*). In der Anweisung liegt nämlich weder eine Cession, noch eine Verpfändung, noch eine Delegation. Die Delegation insbesondere unterscheidet sich von der Anweisung darin, daß durch erstere einem Andern der Auftrag ertheilt wird, sich statt unserer gegen einen Dritten zu verpflichten, der Auftrag des Trassanten oder Assignanten aber auf die Leistung einer Zahlung an den Dritten gerichtet ist. Acceptirt der Trassat, so hat dieses wohl die Folge, daß dieser die in Händen habende Deckung nicht an den Trassanten oder Assignanten oder an dessen Concursmasse hinauszugeben verpflichtet ist, aber der Remittent oder Assignatar gewinnt dadurch kein Recht auf die bei dem Trassaten befindliche Deckung selbst.

Zu 6) Mühlenbruch a. a. O. §. 42. S. 456. entscheidet hierüber durchaus verneinend; nicht sowohl deswegen, weil die angezogene Vorschrift blos rücksichtlich der Eigenthumsübertragungen gegeben ist, sondern auch vorzüglich deswegen, weil bei der Cession von Forderungen (dem mandare actiones) auch der Grund des Gesetzes mangelt, welcher darin beruht, daß dem Eigenthümer ein Recht auf die Sache so lange gesichert werden soll, bis er wegen des Kaufgeldes befriedigt ist, oder durch Creditgeben auf dieses Vorrecht verzichtet; nun ist aber bei Forderungsübertragungen diese Sicherung nicht nöthig, weil der Cedent bis zur getilgten Forderung immer noch im Verhältniß mit dem Schuldner bleibt. Puchta in Weiske's Rechtslex. Bd. II. findet Mühlenbruchs Ansicht nicht frei von Irrthum, und erklärt die Sache folgendermaßen: „der Sinn des Rechtssatzes (daß beim Kauf außer dem Fall der Creditgebung das Eigenthum nicht anders als gegen Bezahlung auf den Käufer übergehen soll) ist folgender: das, was die Tradition zur Eigenthumsübertragung macht, ist der Wille des Tradenten, Eigenthum (also nicht etwa blos — für jetzt wenigstens — Besitz) zu übertragen. Diese Absicht soll nicht vermuthet werden, wenn der Verkäufer nicht wegen des Kaufpreises befriedigt ist, es muß also in diesem Fall nachgewiesen werden, daß er dessen ungeachtet die Absicht der sofortigen Eigenthumsübertragung gehabt, das heißt eben, daß er den Preis creditirt hat. Hier

---

Cessionar als procurator in rem suam wohl nicht verschieden. Die Verschiedenheit beider Geschäfte ist aber, wie vorhin dargelegt worden, unverkennbar.

*) S. vorzüglich Heise und Cropp jurist. Abhandl. Thl. II. S. 343., Meno Pöhls Darstellung des Handelsrechts Bd. II. S. 632., Bender Grundś. d. deutsch. Handelsr. Bd. II. Abth. I. S. 359. Abth. II. S. 462., Trummer im Archiv f. d. Handelsr. Bd. I. S. 113., Mühlenbruch a. a. O. S. 461.

hingegen, bei der Cession, handelt es sich nicht um einen Act, den man (wie die Tradition) so oder so interpretiren, dem man diese oder jene Wirkung beilegen könnte. Bildet das Mandat einen von dem Kaufcontract äußerlich getrennten Act, so kann ihm nur die Absicht der sofortigen Cession untergelegt werden, wenn nicht die Zahlung des Preises als Suspensivbedingung beigefügt ist; es findet also jener Grundsatz keine Anwendung. Ist aber kein abgesondertes ausdrückliches Mandat geschlossen, so fragt sich nur, ob ein stillschweigendes in der Abschließung des Kaufs liegt, also die Absicht der sofortigen Cession vorhanden war. Diese Absicht wird ohne Zweifel anzunehmen seyn, wenn der Kaufpreis bezahlt oder creditirt ist; ist dies nicht geschehen, so werden wir im Zweifel die wirkliche Cession nicht in den Kaufvertrag legen können, und wir kommen so auf ein ähnliches Resultat, wie bei jenem Grundsatz über das Eigenthum, ungeachtet es ganz richtig ist, daß sich unser Fall nicht unmittelbar unter jene Regel stellen läßt." [Vergl. auch Bähr in von Gerber's Jahrbüchern I. S. 396.]

Zu 7) Mühlenbruch a. a. O. §. 33. behauptet: „in allen den Fällen, für welche die juristische Personeneinheit wirksam seyn kann, ist sie es so unbedingt, daß sie eine absolute Nullität solcher Geschäfte erzeugt, welche durch sie gehindert werden. Darum muß man denn auch annehmen, daß sie auch nach aufgehobener väterlicher Gewalt nicht giltig werden." Dagegen wird aber eingewendet, daß in der l. 7. cit. solche Cession nicht für unstatthaft und nichtig erklärt ist, und daß dies auch aus allgemeinen Grundsätzen des R. R. nicht folgt, daher nur während der Dauer der väterlichen Gewalt die Klagbarkeit cessire; s. v. Vangerow a. a. O. Bd. III. §. 574. Anm. 2. No. 4. (S. 118. der 6. Aufl.), Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 607.

Zu 8) Der Cessionar würde in diesem Fall nur einen Theil der cedirten Forderung gegen den Schuldner einklagen können, da aber der Schuldner nicht theilweise zu zahlen verbunden werden kann, vielmehr eine dem Schuldner nachtheilige Zersplitterung des Rechts unzuläßig ist,*) so könnte der Cessionar blos den Cedenten vermögen, daß er entweder die Forderung im Ganzen geltend mache, und das,

*) arg. l. 27. §. ult. D. 15. 1., Thibaut System §. 534. a. E., vgl. Mathis allg. jurist. Monatsschrift für die Preuß. Staaten Bd. I. S. 223. über die Frage: Kann durch die Cession eines Theils einer Forderung der Schuldner verpflichtet werden, eine Partialkündigung anzunehmen?

was er dadurch erlangt, ihm, insoweit die Schenkung gilt, herausgebe, oder sich mit ihm zur gemeinschaftlichen Geltendmachung des Forderungsrechts vereinige; s. Mühlenbruch a. a. O. S. 517.

---

§. 222.

b) Gegenstände der Cession.*)

1) Kann ein Retractsrecht einem Andern cedirt werden?
2) Können Privilegien cedirt werden?

---

*) Ueber die ihrer Natur nach nicht cessiblen Rechte s. Bd. I. §. 8. zu Fr. 13. Regula est, omnes actiones vendi posse, donec probetur exceptio. Cocceji Jus controv. Lib. 18. tit. 4. qu. 14. — l. 9. C. 4. 39. Auch Forderungen aus Naturalobligationen können daher (was der Recensent von Bucher's R. d. Ford. in Schunk's Jahrbüchern Bd. XVI. S. 237. zu leugnen scheint) Gegenstand einer Cession seyn; s. Mühlenbruch Lehre v. d. Cession S. 252., Puchta in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 639., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 574. Anm. 2. Ueber die Frage: ob der Gläubiger sein Recht gegen Bürgen oder Pfandbesitzer durch Klage verfolgen könne, wenn sein Hauptrecht auf einer bloßen obl. naturalis beruht? s. Mühlenbruch a. a. O. S. 442., welcher sie gegen Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 107. u. 114. bejaht. Von älteren Schriftstellern über die Cessibilität der Rechte sind zu bemerken: Stryck D. de jurib. et act. non cessibil. Hal. 1715., Sande D. de act. cessionibus, Wasmuth D. de privilegiorum natura. Gött. 1787. Nicht zu billigen ist es wohl, wenn Thibaut Syst. §. 532. (Ed. 8.) an die Bemerkung, daß nach willkürlichen Ansichten vieler Praktiker die in Streit befangenen Klagen cedirt werden können, den Satz anreiht: „insofern lasse sich auch jetzt die Cession einer Criminalklage unter Privatpersonen, einer Popular- und einer Injurienklage denken." Von den Criminal- und Popular-Klagen behauptet dies der von ihm angeführte Cocceji Jus controv. civ. Lib. 18. tit. 4. qu. 14. no. 7. keineswegs, sondern gerade das Gegentheil, wie denn auch deren Nichtübertragbarkeit auf eigenthümlichen Gründen beruht. Von der ästimatorischen Injurienklage behauptet es zwar Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 18. tit. 4. §. 27., Cocceji l. c., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 1945., indem Letzterer das Bedenken, daß sie vor der Litiscontestation nicht in bonis sey, damit zu beseitigen glaubt, daß es genüge, daß sie nach der Litiscontestation in bonis sey, mithin deren Abtretung als emtio rei futurae gelten könne. Allein dagegen wird mit Recht erinnert, daß sie ja nach der Litiscontestation unter das Verbot der cessio rei litigiosae falle; s. Braun zu Thibaut §. 77. S. 98., v. Vangerow a. a. O. Bd. III. §. 574. Anm. 2. No. 2. Auch darf Thibaut's Meinung nicht, wie Glück Thl. XVI. S. 383. Anm. 91. gethan hat, dahin aufgefaßt

3) auch res litigiosae? und mit welchem Zeitpunkt tritt die Litigiosität ein? cf. Weiske Rechtslex. Bd. III. S. 732., Linde's Zeitschr. N. F. Bd. XII. S. 395.

---

werden, als ob er Injurienklagen wirklich als cessibel betrachte: er sagt ja nur, wenn man die Vorschrift der Gesetze, daß act. litigiosae nicht cedirt werden dürfen, bei Seite setze, so könnte man auch Injurienklagen als cessibel ansehen, allein Thibaut verwirft selbst diese willkürliche Ueberhebung vieler Praktiker über das Gesetz. Ueberhaupt hat sich, ungeachtet schon die Glosse zu l. 28. D. 47. 10. u. zu l. 25. D. de her. v. act. vend. 18. 4. zweierlei Meinungen hat, die herrschende Lehre gemäß l. 28. D. 47. 10. cf. l. 32. pr. D. 35. 2. längst dahin fixirt, daß Injurienklagen irgend einer Art nicht cessibel seyen; s. Mühlenbruch a. a. O., Glück a. a. O., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 605., Puchta Pand. §. 285., Stryck Diss. cit. Cap. VI. §. 6. Unbedenklich kann indessen zugegeben werden, daß ein dem Injuriaten bereits zuerkanntes Genugthuungsquantum cedirt werden könne.

Die Cessibilität der qu. inofficiosi testam. und inoffic. donationis wird zwar von Mehreren behauptet, s. Böhmer Electa jur. civ. T. I. Ex. IX. §. 25., Cocceji Jus controv. l. c. qu. 14. no. 2., Lauterbach l. c., vgl. Gesterding Nachforschungen Thl. I. S. 306. und ebenso der auf Revocation einer Schenkung gegen einen Undankbaren gerichteten Klage, Cocceji l. c. no. 5., allein in Ansehung letzterer Klage entscheidet gegen jene Meinung l. 1. 7. 10. C. 8. 56. Die Inofficiositätsklagen aber werden, indem in den Gesetzen die Entehrung höher als die Vermögensverletzung geachtet, mithin jene als das Wesentliche betrachtet wird, den actionibus vindictam spirantibus allgemein beigezählt, und diese sind bekanntlich nicht cessibel; s. Mackeldey Lehrb. §. 335. Anm. b., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 74. (§. 48.), Mühlenbruch Lehre v. d. Cession §. 26. S. 295. u. 300., Glück Thl. XVI. S. 383. Anm. 92. Unstreitig ist hiernächst, daß solche Forderungsrechte nicht cedirt werden können, welche durch ihren Entstehungsgrund, durch die bei ihnen eintretenden Voraussetzungen, oder durch ihren Zweck an die Person des Berechtigten gebunden sind. Z. B. der Mandatar kann zwar einen Andern substituiren, der Mandant behält aber doch gegen den Substituenten die act. mandati directa, sowie dieser die act. contraria gegen ihn; l. 28. D. 3. 5. — l. 8. §. 3. D. 17. 1. Die Gesellschaftsrechte können nicht cedirt werden, l. 19. D. 17. 2., wenngleich ein socius seinen Antheil an einer gemeinschaftlichen Sache veräußern kann, l. 3. C. 4. 52. cf. l. 31. D. 17. 2. Dasselbe gilt von Alimenten- und Leibrenten-Verträgen, s. Mühlenbruch a. a. O. S. 329. no. 3., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 74. (§. 48. no. 5.), aber auch Alimentenforderungen, als reine Forderungen betrachtet, gelten wenigstens nicht unbeschränkt als cessibel, nämlich alsdann nicht, wenn sie aus Liberalität des Gebers und nicht aus einem onerosen Vertrag entspringen, arg. l. 10. D. 7. 8., Mühlenbruch a. a. O. §. 27. Ist der Unterhalt in natura versprochen, so hat er seine Begründung und sein Maaß ohnedies nur in den persönlichen Bedürfnissen des Berechtigten. Nicht unbestritten ist der gewöhnlich und auch von uns Bd. I. §. 8. Fr. 13. angenommene

4) Können auch die Rechte aus einem Pachtvertrag cedirt werden?
5) Findet die Cession der Engagementsbriefe, oder auch
6) die Cession der Connossemente statt?
7) Gilt auch die Cession künftiger blos möglicher Forderungen?

Zu 1) Darüber, daß das gesetzliche Näherrecht nicht cessibel sey, ist man wohl einig, außerdem lassen Einige die Cessibilität blos beim vertragsmäßigen Retract zu, s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. no. 15. S. 92., nicht aber die Uebertragung des testamentarischen auf einen Erben oder Cessionar des Legatars; s. Walch Näherrecht S. 425. §. 4. Andere lassen sie sowohl beim testamentarischen als vertragsmäßigen Retract zu; s. Glück Thl. XVI. S. 193. u. 383. und die in Anm. 48. angeführten Schriftsteller, desgl. Gründler Polemik d. german. Rechts Bd. II. S. 84., Mühlenbruch a. a. O. S. 324—329., dagegen v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 574. Anm. 2. No. 4., Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. I. §. 287., Phillips deutsch.

Satz: daß Rechte, welche ein accessorium anderer Rechte sind, nicht allein und ohne diese übertragen werden können; s. Unterholzner a. a. O. S. 606. no. 7., Mühlenbruch a. a. O. §. 28. S. 332., welcher auch die verschiedenen Meinungen hierüber aufzählt. Bei Rechten, welche mit dem Besitz einer Sache wesentlich verbunden sind, versteht es sich freilich von selbst, daß jene nicht ohne diese cedirt werden können; kann aber nicht die Pfandklage ohne die Prinzipalforderung, der Anspruch an den Bürgen ohne die Hauptverbindlichkeit cedirt werden? Letzteres wird von Mühlenbruch a. a. O. entschieden verneint. Das Wahre liegt wohl in Puchta's Lehre: eine accessorische Forderung kann nur so cedirt werden, daß dem Cessionar zugleich die Geltendmachung der Hauptforderung, wenn auch nicht selbständig, doch insoweit sie in der accessorischen nothwendig mit geschieht, überlassen wird; s. dessen Pand. §. 285., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 128. Anm. 39., vgl. v. Vangerow Pand. Bd. III. S. 109. §. 574. Anm. 2. no. 4. „Eine Cession der Forderung gegen den Bürgen ist also nur möglich, insofern an den Cessionar die Hauptschuld bezahlt werden kann, also wenn ihm auch die Hauptforderung insoweit wenigstens cedirt ist, als sie in der Klage gegen den Bürgen zugleich geltend gemacht wird. Dies ist denn auch als die stillschweigende Intention bei der Cession der Klage gegen den Bürgen anzunehmen; eine Befugniß zur abgesonderten Geltendmachung gegen den Hauptschuldner ist darum noch keineswegs gegeben. Aehnlich verhält es sich mit der Pfandklage. Das Pfand haftet nur für die Forderung, für welche es bestellt ist; jene Cession kann daher nicht die Wirkung haben, daß es nunmehr für die eigene Forderung des Cessionars hafte." S. Puchta in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 644., vgl. Böhmer Rechtsfälle Bd. I. S. 339. über die Concurrenz zweier Cessionarien, deren Einem die Schuldurkunde, dem Andern die Bürgschaftsurkunde cedirt ist.

Privatr. Bd. I. S. 485., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 103. S. 298., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 1974., Zangen Beiträge zum deutschen Recht Thl. II. S. 29. u. Seuffert d. Baurecht ꝛc. S. 125. die Retractsklagen schlechterdings den Forderungen beizählen, welche deswegen nicht cessibel sind, weil sie eine besondere nicht übertragbare Qualität in der Person des Berechtigten voraussetzen. In Betreff des Retracts ex jure gentilitio behaupten zwar Einige, diese zwar nicht übertragbare Qualität könne sich ja auch bei einem entfernteren Agnaten finden, und dann könne dies Bedenken der Cession ja nicht entgegenstehen. Allein dies ist gewiß unrichtig; denn zum Nachtheil der zwischen ihm und dem entfernteren Familienglied stehenden Personen, deren Recht schon vor dem Eintritt des eventus feststand, kann er nicht disponiren, kann dem alsdann Zunächststehenden sein eventuelles Recht nicht nehmen; überläßt er aber den Retract den ihm Zunächststehenden, so ist dies eigentlich nicht eine Cession, sondern eine Verzichtleistung. Gebr. Overbeck a. a. O. S. 90., Glück Thl. XVI. S. 198.

Zu 2) Man muß hier wieder auf den Grundsatz hinweisen, daß, wenn auch das Rechtsverhältniß, in welchem eine Forderung ihren Grund hat, selbst nicht übertragbar ist, doch die aus demselben, z. B. aus einem Delict, Privileg, beneficium legis, dem Erbrecht u. dergl. schon erzeugten und erworbenen Forderungen im Allgemeinen allerdings cessibel sind. Daß an Privilegien und juribus singularibus nur die Ausübung übertragbar ist, versteht sich von selbst, aber auch diese ist es je nach der Verschiedenartigkeit der Privilegien nicht immer. Daß Privilegien, welche mit einer Sache verknüpft sind, von dieser nicht getrennt werden können, leuchtet ohne Schwierigkeit ein, gleichwie solche Privilegien, welche Jemand für seine Person, jedoch in Rücksicht auf eine Sache genießt, wohl unbedenklich dem Gebrauch nach mit der Sache einem Andern überlassen werden können; s. Mühlenbruch a. a. O. S. 282., Leyser Sp. 10. Med. 2. Bei persönlichen Privilegien, welche sich unmittelbar weder auf Sachen noch auf Forderungen des Privilegirten beziehen, muß man unterscheiden: a) solche, welche dem Berechtigten eine dauernde Befugniß zur Vornahme gewisser Handlungen oder zum Betrieb eines gewissen Gewerbes ertheilen (z. B. persönliche Jurisdictions-Privilegien, Monopole ꝛc.). Bei solchen wird gewöhnlich auf besondere Fähigkeiten und Eigenschaften des Privilegirten Rücksicht genommen, oder auch das Recht zur Ausübung des Privilegiums ausdrücklich an dessen Person geknüpft, daher könne nur da, wo dies nicht der Fall ist, die Ausübung Anderen übertragen

werden; b) solche Privilegien, welche entweder ihrem Inhaber eine Befreiung von Lasten und Abgaben gewähren, oder aus welchen nur unter bestimmten Voraussetzungen Rechte für ihn entstehen können, wie z. B. Rechtswohlthaten der Minderjährigen, beneficium competentiae u. a. m. Hiebei kommt es darauf an, ob in Folge des Privilegiums ein bestimmtes Rechtsverhältniß, z. B. eine Forderung des Privilegirten begründet wird, oder ob die aus dem Privileg zu erwartenden Vortheile dergestalt mit dessen Ausübung zusammenhängen,*) daß von ihnen nicht eher die Rede seyn kann, als bis wirklich von dem Privilegium ein Gebrauch gemacht wird. Im letzteren Fall kann das Privilegium und dessen Ausübung gar nicht getrennt gedacht werden, daher die Benutzung negativer Privilegien (Befreiung von Abgaben, von lästigen Aemtern ꝛc.) geradezu nie auf Andere übertragen werden kann, so wenig man es für zulässig halten würde, wenn ein Minderjähriger sein beneficium aetatis ohne ein bereits eingetretenes Rechtsverhältniß Jemandem überlassen wollte. Der Privilegirte würde da dem Dritten nicht etwa ein in Folge des Privilegiums erworbenes Recht einräumen, sondern etwas, worüber ihm gar keine Disposition zustehen kann, nämlich die Befugniß, sich in Rücksicht auf seine Obliegenheiten den Bestimmungen des gemeinen Rechts entziehen zu dürfen. Dagegen so oft mit dem Eintritt der gesetzlichen Voraussetzung ein bestimmtes Recht entsteht, welches als Theil des Vermögens betrachtet wird, und nicht blos besonderer persönlicher Rücksichten wegen ausgeübt werden kann, wie z. B. das beneficium competentiae**), wird ja nicht das Privilegium, sondern ein vermöge desselben bereits erworbenes Recht cedirt, was keinem Anstand unterworfen ist; z. B. die einem Minderjährigen für seinen Anspruch zustehende Rechtswohlthat der Restitution geht mit der Forderung, rücksichtlich deren er sie zu suchen berechtiget war, auf alle und jede Nachfolger desselben über; l. 6. D. 4. 1. Omnium, qui ipsi

---

*) l. 68. D. 50. 17. ubi personae conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea beneficium quoque deficit. Rechte, welche eine gewisse Qualität voraussetzen, die von der Person des Berechtigten nicht zu trennen sind, können auch nicht dem Gebrauch nach cedirt werden; z. B. Erblosung, persönlicher Adel, Competenzwohlthat. Glück Thl. XVI. S. 395.

**) Es ist wohl nur eine singuläre unhaltbare Meinung, deren Glück a. a. O. S. 395. im Vorbeigehen erwähnt, daß die Wohlthat der Competenz an einen Andern abgetreten werden könne, wenn es nicht unentgeltlich geschehe, wofür Joachim D. de cessione beneficii competentiae. Lips. 1733. §. 20. 21. angeführt wird.

potuerunt restitui in integrum, successores restitui possunt; l. 24. D. 4. 4. Compellendus est (sc. minor) cedere auxilium in integrum restitutionis; Glück Thl. XVI. S. 406., Mühlenbruch a. a. O.; vgl. Bd. I. §. 13. S. 155. Fr. 4. dieses Werks.

Zu 3) Das römische Recht hatte bekanntlich die cessio rei litigiosae verboten, und nicht allein mit Nichtigkeit, sondern auch mit fiscalischen Strafen belegt. Letztere scheinen in Deutschland niemals in Anwendung gekommen zu seyn, s. Huber Praelect. Lib. 44. tit. 6. no. 4., Berger Oecon. jur. pag. 647. no. 20., Zimmermann im civil. Archiv Bd. XXXVI. S. 54. §. 4. Aber an der Richtigkeit der Handlung halten noch die meisten Lehrbücher fest,*) und lassen nur die in den römischen Gesetzen selbst gebilligten Ausnahmen zu.**) Neuere Erörterungen haben jedoch zu der Ueberzeugung geführt, daß jenes Cessions-Verbot lediglich im römischen Proceß***) seine Wurzel hat, und von dieser Wurzel getrennt, bedeutungslos geworden und durch die vollständigere Fürsorge des deutschen Processes überflüssig geworden ist, daher dasselbe in den meisten deutschen Staaten entweder durch Fürsorge aufgehoben, oder durch Gerichtsobservanz beseitigt ist.†) Der heutige Ge-

---

*) Obgleich schon vom Reichskammergericht Ao. 1758 in Sachen v. Holst gegen v. Harff, s. Cramer Obs. jur. univ. obs. 491. pag, 123., dagegen entschieden worden war, und von mehreren Facultäten gleiche Präjudicien vorlagen; s. Berger l. c. lib. III. tit. 5. §. 5., Leyser Sp. 518. Das Kammergerichtliche Urtheil nahm wörtlich den von Voet Comm. ad Pand. Lib. 44. tit. 6. §. 3. ausgesprochenen Satz auf: hodiernis moribus res litigiosa quidem vendi, permutari, obligari et alio modo in alium transferri potest, salvo tamen jure tertii, ita tamen, ut sententia postea in alienantem lata adversus rei litigiosae possessorem executioni mandari possit.

**) Namentlich bei Cessionen zum Behuf einer Erbtheilung, was wohl auch von Aufhebung einer Communion gelten mag, s. Mühlenbruch Lehre v. d. Cession S 386., ferner zum Behuf eines Vergleichs, zum Zweck einer Heirathsguts- oder Widerlags-Bestellung, einer ante nuptias donatio oder zur Berichtigung eines Vermächtnisses, l. 4. §. 1. C. 8. 37., oder in Folge einer vor der Streiteinlassung begründeten rechtlichen Nothwendigkeit. Nov. 112. c. 1. oder auch bei der Cession an einen Streitgenossen, s. Strippelmann Samml. Th. V. Abth. 2. S. 421. u. 432.

***) Insbesondere in der subjectiv beschränkten Wirksamkeit der res judicata und Litispendenz, s. Hartter in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. XII. S. 419. §. 12—14.

†) Aufgehoben ist das Cessionsverbot im Preuß. Landr. Thl. I. Tit. 11. §. 383., im Oesterr. Gesetzb. §. 1393., vergl. v. Zeiller Comm. Bd. IV. S. 84. no. 2., im Bayer. Landr. Thl. IV. Kap. IV. §. 4. no. 6. und durch das auch die neu erworbenen Provinzen mit Ausnahme des Rheinkreises um-

richtsbrauch geht demnach dahin, daß die Cession der bereits im Streit befangenen Sache gegen den im Lauf des Processes siegenden Kläger unwirksam bleibt, daher der Richter ohne Rücksicht auf das unwirksame Cessionsgeschäft den Rechtsstreit zwischen denselben Parteien, zwischen welchen er begonnen war, zu Ende zu führen hat, und derjenige, welcher während der Litigiosität die mit einer dinglichen oder possessorischen oder Theilungsklage oder mit einer act. in rem scripta in Anspruch genommene Sache von dem Beklagten auf irgend eine Weise erwirbt, ganz an die Stelle des ursprünglichen Beklagten tritt, also an die Rechtskraft des gegen diesen ergangenen Urtheils gebunden ist, dergestalt, daß sofort ohne neuen Proceß die Execution gegen ihn eingeleitet werden kann, und ihm überhaupt die in der Executions-Instanz noch zulässigen Einreden allein noch zustehen, gleichviel ob er von dem Processe Kenntniß hatte, oder nicht. — Nachdem also die richterliche Gewalt und der deutsche gemeine Proceß in sich selbst die Mittel gefunden hat, von dem Kläger jeden Nachtheil, der ihm aus der cessio rei litigiosae zuwachsen könnte, abzuwenden, sind die römischen Dispositionsbeschränkungen als Mittel zu dem nämlichen Zweck antiquirt; s. Höpfner Instit. §. 867. no. 7., Hufnagel a. a. O., Hartter in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. XII. S. 395 ꝛc. [Für Fortbestand des Cessionsverbots haben sich jedoch erklärt die O.-A.-Gerichte zu München, Wiesbaden u. Lübeck, s. Seuffert's Archiv XII. No. 89. u. XIV. No. 251. Dazu ebendas. V. No. 9. 10. XI. No. 110. 135., ferner Arndts Pand. §. 113. Anm. 4. u. §. 258. Anm. 3.].

Wenn übrigens noch gefragt wird, ob die Litigiosität mit dem Moment der Klagmittheilung oder der Litiscontestation beginne, so entscheidet, wenn es sich um eine *res* litigiosa handelt, Nov. 112. c. 1. unzweifelhaft für den ersteren, wogegen bei der Cession einer bestrittenen Forderung von den Meisten die Litiscontestation als Beginn der Litigiosität angenommen wird; s. Martin Lehrb. d. Proc. §. 156. (146.), Thibaut System §. 1123. u. 1141. der ältesten Ausg.,

---

fassende Gesetz v. 22. Februar 1855. Art. 2., wonach die Cession an die im betreffenden gerichtlichen Verfahren aufgestellten Rechtsanwälte und an Mitglieder des einschlagenden Gerichts allein verboten ist. Durch den Gerichtsbrauch ist das Cessionsverbot beseitigt bei den meisten Gerichten des Königr. Würtemberg, s. Hufnagel Mittheilungen S. 231., bei den obersten Gerichten in Celle, s. Spangenberg prakt. Erört. Bd. I. S. 82., in Cassel s. Strippelmann Samml. S. 430., beschränkt auf Sachen, welche mit einer dinglichen Klage verfolgt werden, vom O.-A.-G. in Darmstadt, s. Seuffert's Archiv VI. S. 32.

Boehmer J. E. Pr. T. I. Lib. II. tit. 16. §. 2., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 44. tit. 6. §. 6—8., Glück Thl. III. §. 236 b., Mühlenbruch a. a. O. §. 31. S. 386., welcher übrigens Böhmer und Martin mit Unrecht als Gegner seiner Meinung aufführt.

Zu 4) Der Grundsatz: daß man nur sein Recht, aber nicht seine Verbindlichkeit auf einen Andern einseitig übertragen kann, steht zwar überhaupt der Cessibilität zweiseitiger Verträge, wie Kauf und Pacht, entgegen, aber damit ist die Streitfrage noch nicht ausgeschlossen, ob man nicht wenigstens seine gesammten Rechte aus einem solchen Vertrag auf einen Andern übertragen könne? ob demnach durch Cession bewirkt werden könne, daß der Vermiether den Cessionar seines Miethers als Miethsmann und umgekehrt der Miether den Cessionar seines Vermiethers als Miethsherrn anzuerkennen habe? — In der Sublocationsbefugniß des Miethers scheint zwar etwas für die Bejahung dieser Frage zu liegen, aber dies ist doch etwas sehr Verschiedenes, denn der Aftermiethsmann hat es ja immer nur mit dem Aftervermiether zu thun. Selbst wenn der Vermiether das Gut verkauft, und bei dem Käufer die Fortsetzung des Vertrags mit seinem bisherigen Miether bedingt, so muß der Käufer erst seinen Verkäufer anhalten, daß dieser den Miether zur Erfüllung seiner Verpflichtungen zwinge; l. 13. §. 30. D. 19. 1. Es ist hier nicht davon die Frage, ob der Verkäufer des Guts seinem Käufer die laufenden oder rückständigen Pachtgeldschuldigkeiten seines Pachters cediren könne, denn darüber waltet allerdings kein Zweifel ob, man kann sich daher auch nicht auf die blos hiervon sprechende l. 53. pr. D. 19. 1. u. l. 58. pr. D. 19. 2. berufen, wenn die ganz verschiedene Frage aufgeworfen wird, ob der Singularsuccessor*) des Verpachters den Pachter zwingen könne, mit ihm die Pachtjahre auszuhalten, auf welche er mit dessen Vorgänger contrahirt hatte. Gleichwohl bejahen Viele diese Frage, s. Glück Thl. XVIII. S. 26. und die Anm. 50. angeführten Schriftsteller, neuerlich Heise und Cropp jurist. Abhandl. Bd. II. S. 293., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 118. Anm. 117. und mit Ausnahme des Falles, wenn vermiethete oder verpachtete Sachen Gegenstand eines Vermächtnisses geworden sind, l. 32. D. 19. 2., auch Unterholzner Lehre v. d. Schuldverh. Bd. II. S. 331. Man folgert dies vorzüglich

---

*) Daß es der Universalsuccessor könne, leidet keinen Zweifel, weil dieser auch in die Verbindlichkeiten seines Vorgängers eintritt, was bei dem Singularsuccessor nicht der Fall ist.

a) aus dem Princip: jura contrahentium sunt reciproca; sowie also der neue Erwerber des Guts, wenn er sich dem Verkäufer dazu verpflichtet hat, den Pachter bis zur Endigung seines auf mehrere Jahre eingegangenen Contracts behalten muß, so müsse auch der Pachter verpflichtet seyn, die Pachtjahre auszuhalten, wenn sich der Käufer die Rechte des Verkäufers hat cediren lassen. Man könne zwar nicht behaupten, daß mit dem Kaufcontract zugleich schon die Rechte aus der Verpachtung des Verkäufers auf den Käufer übergingen, — und dies sage allerdings l. 32. D. 19. 2., aber auch nichts weiter — daraus folge aber nicht, daß dies nicht durch eine besondere Cession, wovon man sogar Beispiele in l. 49. pr. D. 19. 1. — l. 13. D. 20. 4. finde, ebenso gut geschehen könne, als man es unbedenklich findet, daß der Verpachter seine Verbindlichkeit, die Pachtjahre auszuhalten, auf den Käufer überträgt.

b) Der Pachtvertrag — sagt man — sey nicht von der Art, daß, wie bei dem Mandat und der Societät, die Individualität des Contrahenten als etwas Wesentliches erscheine, und da alle dem Verpachter obliegenden Verbindlichkeiten auch vom Singularnachfolger erfüllt werden könnten und müßten, so ließe sich kein vernünftiger Grund für die vermeintliche Unübertragbarkeit denken. Allein

Zu a) wird wohl mit Grund entgegnet, daß das angeführte Princip vielmehr für die Behauptung entscheide, daß der Pachter gegen den Singularsuccessor aus dem mit dem Vorbesitzer eingegangenen Vertrag nicht obligirt werden könne; denn sowie der Singularsuccessor des Verpachters unstreitig den Pachter vertreiben könne, wenn er auf sein Recht nicht Verzicht geleistet, so könne umgekehrt auch der Pachter nicht gebunden seyn, im Pacht zu verbleiben. Oder sollte wohl der Pachter eine Verbindlichkeit gegen den neuen Besitzer haben, während er doch kein Recht gegen ihn hat? Daß der Käufer, wenn er sich gegen den Verkäufer dazu obligirt hat, den Pachter zu behalten, diesem nachkommen müsse, ist etwas ganz Anderes, denn dies geschieht dann aus einer von ihm selbst und freiwillig übernommenen Verbindlichkeit, dahingegen der Pachter, welcher darüber nicht gefragt worden, seinen freien Willen behalten muß. Man kann nicht einmal sagen: der Verkäufer übertrage durch eine auf Beibehaltung des Pachters gerichtete Convention seine Verbindlichkeit gegen diesen auf den Käufer, sondern der Käufer verzichtet nur auf das ihm ohne diesen Verzicht zustehende Expulsionsrecht.

Zu b) Im Gebiet des Obligationenrechts verpflichtet man sich überall bestimmten Personen, es kann daher nie als etwas Gleichgiltiges angesehen werden, mit wem man sich einlasse. Verbindlichkeiten können daher auch nie auf einen Andern ohne Zustimmung des Berechtigten übertragen werden. Auch ist in den vorangeführten l. 49. pr. D. 19. 1. — l. 13. D. 20. 4. nicht gesagt, daß der Pachter ohne besondere Uebereinkunft dem Singularnachfolger obligirt werde. Für diese Meinung,*) welche neuerlich Mühlenbruch a. a. O. §. 27. vertheidigt hat (s. auch Mevii Dec. P. V. dec. 29.), spricht vorzüglich l. 32. D. 19. 2., indem sich darin der Grundsatz ausgeprägt findet, daß der vollständige Uebergang von Rechten aus Pacht- und Miethverträgen nur durch Universalsuccession bewirkt werden könne, und derselben müssen auch diejenigen Rechtslehrer nothwendig beistimmen, welche, wie Thibaut Syst. §. 532. und v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 74. (§. 48.), den obwohl von Linde in s. Zeitschr. Bd. II. S. 468. angefochtenen Grundsatz aufstellen: man könne keine mit Verbindlichkeiten vermischten Rechte cediren, m. a. W. man könne den andern Obligations-Interessenten nicht zwingen, sich seiner Forderungen halber an den Cessionar zu wenden. Man muß daher mit Puchta a. a. O. §. 285. und v. Vangerow a. a. O. Bd. III. §. 574. Anm. 2. sagen, „daß wohl die actio locati oder conducti, emti oder venditi etc., nicht aber die obligatio aus dem Kauf- oder Miethvertrag als dauernde Quelle von Forderungen cedirt werden kann.“ **) Würde der Ver-

*) Zu der im entgegengesetzten Sinn von dem Oberappellationsgericht der vier freien Städte erlassenen, von Cropp a. a. O. angeführten Entscheidung gab zunächst der Fall Anlaß, daß der Verpachter in Concurs gerieth, und der Pachter nicht an den Pacht gegen einen neuen Besitzer gebunden seyn wollte. Dieser Fall hat aber nichts Besonderes an sich, was zu einer Abweichung von unserer obigen Meinung führen könnte. So lange die Concursgläubiger das Gut nicht verkaufen, bleibt der Cridar unverändert das Subject des Pachtvertrags, indem die Gläubiger blos zu ihrem Besten administriren; bringen sie es aber zum Verkauf, dann tritt ein Singularnachfolger ein, gegen welchen nach der bestimmten Entscheidung in l. 32. D. 19. 2. der Pachter nicht zur Fortsetzung des Pachts gezwungen werden kann; Glück Thl. XVIII. S. 34. Mehreres hierüber s. Benkard über d. Verh. des Pachters zu den Gläubigern des insolventen Verpachters, Rostock 1813., Karsten üb. d. Verh. eines Pachtinteressenten zu den Concursgläub. des andern, Hamburg 1809.

**) Daß die Rechte aus einem Kauf- oder Lieferungsvertrag von dem einen Contrahenten, ohne Zuziehung und Genehmigung des Andern, an einen Dritten mit der Wirkung abgetreten werden können, daß derselbe gegen Leistung der entsprechenden Verbindlichkeiten des Cedenten die Erfüllung des

käufer Letzteres durch Cession an den Käufer bewirken wollen, so würde er dem Cessionar die Befugniß übertragen, das Miethgeld für eine Leistung zu fordern, welche er (der Cedent) doch selbst nicht mehr gewähren kann, sondern der Cessionar als nunmehriger Eigenthümer gewähren müßte; s. Mühlenbruch a. a. O. S. 286. no. 2. und S. 310., Seuffert's Archiv VIII. No. 35.

Zu 5) Linde Zeitschr. Bd. II. S. 473. glaubt, daß, wenn der Grundsatz feststünde: „mit Verbindlichkeiten vermischte Rechte sind nicht cessibel," so könnte man auch die Cession der Engagementsbriefe nicht für zulässig erkennen, weil darin beide Theile sich zu irgend einer Leistung verpflichten. Ein anderer Grund gegen die Zulässigkeit wird darin gesucht, daß vor dem Lieferungstag sich nicht bestimmen läßt, welcher von beiden Contrahenten aus einem solchen über feste Zeitkäufe gestellten Engagementsbrief ein Recht oder eine Verbindlichkeit erlange, weil erst der Cours am Lieferungstage die Forderung zu einer bestimmten macht.

Das erste Bedenken scheint sich durch Puchta's vorangeführte genauere Bestimmung zu heben, daß nämlich gar wohl actio emti oder venditi, nur nicht das Obligationsverhältniß als dauernde Quelle von Forderungen cedirt werden könne. Durch die Cession der Engagementsbriefe wird auch der Rechtsstand des andern Theils nicht entfernt benachtheiligt.*) Das zweite Bedenken könnte nur dann

---

Vertrags von Seiten des andern Contrahenten zu verlangen und darauf zu klagen berechtigt sey, ist durch einen Plenarbeschluß des geh. Obertribunals in Berlin aus Erwägungen, welche dem gemeinen ebenso wie dem Preuß. Recht entsprechen, entschieden worden; s. Justizministerialblatt Jahrg. VIII. no. 7.

*) Z. B. B. hat an A. 100 Stück Metalliques-Obligationen auf 3 Monate Lieferungszeit zu 94 Proc. verkauft, er hat sich in dem darüber ausgefertigten Engagementsbrief verpflichtet, dem A. zur festgesetzten Zeit diese Papiere gegen den stipulirten Kaufpreis zu überlassen, und mittels dieser Verpflichtung sich das Recht erworben, für diese Papiere zur bestimmten Zeit den festgesetzten Kaufpreis zu fordern, als wozu sich A. mittels einer von ihm ausgestellten und dem B. behändigten Urkunde besonders verpflichtet hat. Wenn nun A. dieses Engagement an C. cedirt, und also C. sich statt des A. zur Uebernahme der erkauften Papiere gegen den baaren Kaufpreis erbietet, so kann B. dadurch nicht im mindesten beeinträchtigt seyn. Denn entweder C. findet sich mit dem Kaufgeld ein, um dagegen die Papiere zu übernehmen, so kann es dem B. einerlei seyn, ob er die klingende Münze vom A. oder vom C. bekommt, oder C. bleibt aus, weil etwa die Papiere inzwischen weniger werth geworden sind, oder weil er zahlungsunfähig geworden ist, so hat ja B. immer noch den Engagementsbrief des A. in Händen, und greift diesen an, unbekümmert, ob A.

eintreten, wenn nicht auf reelle Lieferung, sondern nur auf Cours-Differenz contrahirt wäre, würde aber auch dann nicht erheblich erscheinen, weil die Veräußerungsfähigkeit von Forderungen, welche künftig erst möglich werden, worauf man eine bloße Hoffnung hat, oder deren Existenz von einer Bedingung abhängt, in den Gesetzen anerkannt ist; l. 3. C. 8. 54. — l. 34. §. 1. D. 18. 1. — l. 5. l. 17. D. 18. 4.; Linde a. a. O., Bender über den Verkehr mit Staatspapieren im Beilagenheft zum 8. Band des Archivs für civilist. Praxis §. 16. u. 17., vergl. Simon und v. Strampff Entscheid. des K. Preuß. Obertrib. Bd. I. S. 161. über die Frage: ist die Cession von Verbindlichkeiten, namentlich die Cession der Verpflichtung zur Lieferung von Staatspapieren aus einem s. g. Zeitkaufsgeschäft statthaft? Seuffert's Archiv XIII. No. 225.

Zu 6) Manche glauben im Connossement — oder dem Schein, worin der Schiffer bekennt, eine bestimmte Ladung richtig empfangen zu haben, und sich verbindet, sie zu festgesetzter Zeit an einen bestimmten Ort zu schaffen, und wenn das Connossement auf eine bestimmte Person gezeichnet ist, dem Adressaten die Ladung zu übergeben — ein Mittel symbolischer Besitzübertragung zu erkennen; daß es dies aber weder ist, noch seyn kann, hat früher schon Gesterding alte und neuere Irrthümer d. Rechtsgel. no. 7. S. 221. und neuerlich Jhering Jahrb. f. Dogmatik d. heut. röm. und deutsch. Privatr. Bd. I. S. 176. überzeugend dargelegt; vergl. Bluntschli deutsches Privatrecht §. 120., Thöl Handelsrecht §. 80. und Laband i. d. Zeitschr. f. deut. R. Bd. XIX. S. 121 ff. Vielmehr behält der Befrachter Besitz und Eigenthum der Waaren bis zu deren Entgegennahme von Seite des Destinatars, und ist daher immer noch zu willkürlicher Abänderung seiner Disposition berechtigt;*) s. Busch

---

das Geschäft an einen Dritten cedirt habe, oder nicht; dies Verhältniß geht nur den A. und C. an, und Letzterer ist hinsichtlich der zu leistenden Erfüllung nur als Mandatar des A. zu betrachten, daher B. die Zahlung von dem C. anzunehmen hat; die Uebertragung von Rechten aber auf einen Dritten hat gar keinen Anstand; Bender im Beil.-H. zu Bd. VIII. d. civil. Arch. §. 16. u. 17., Dü Prel Samml. auserlesener Bayer. Rechtsf. Bd. II. S. 5. und die dort angeführten mehreren Erkenntnisse für die Zulässigkeit der Cession der Engagementsbriefe.

*) Daraus entspringt auch die Folge, daß, wenn das Connossement, welches gewöhnlich in mehreren Exemplaren ausgefertigt wird, auf verschiedene Personen übertragen worden ist, das frühere dem Inhaber eines späteren nur insofern vorgeht, als der Inhaber des früheren einen Eigenthumstitel hat. Sind aber beide Inhaber ohne Eigenthumstitel nudi detentores, so geht

von Connossementen in d. Zusätzen zu seiner Darstellung des Handels Bd. III. S. 208. In und mit dem Connossement, gleichsam dem Schlüssel zur Waare, wie Wilda im Rechtslex. Bd. III. S. 31. es bezeichnet, cedirt er aber seine Klagen dem Destinatar, sowohl gegen den Schiffer die persönliche, als die Besitz- und Eigenthumsklagen. Daß ein solches Connossement auch weiter cedirt werden könne, läßt sich nicht bezweifeln, während man zugestehen muß, daß jedes selbständige Recht, wenn es auch aus einem zweiseitigen Vertrag erworben wurde, Gegenstand einer Cession seyn kann; s. Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 545. u. 565. Das Connossement wird bei den angesehensten handelnden Nationen als ein negotiables Papier anerkannt. [A. D. Handelsgesetzb. Art. 646. in Verb. mit Art. 302.]

Die Ertheilung der Factura an den Besteller der Waare bewirkt aber noch nicht den Uebergang des Eigenthums der Waare an denselben; s. Erkennt. d. Obertribunals zu Stuttgart in Seuffert's Archiv Bd. VII. S. 8.

Selbst beim Connossement kann es noch in Frage kommen, ob dasselbe dem Destinatar ein dingliches Recht einem Dritten gegenüber, welcher sich in den Besitz der Sache auf eine fehlerfreie Art gesetzt hat, gewähre? Die Entscheidung beruht auf der Unterscheidung, ob der Schiffer von dem Absender oder vom Empfänger beauftragt war; im ersten Fall geht das Eigenthum der Waare erst mit deren Ablieferung, im letzteren dagegen mit der Verladung auf den Käufer über; s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1846. no. 15. [Vergl. A. D. Handelsgesetzb. Art. 649.]

Zu 7) Diese Frage ist zwar sehr bestritten, aber die bejahende Entscheidung folgt schon daraus, daß die Gesetze ja auch eine Schenkung des ganzen gegenwärtigen Vermögens zulassen, l. 35. §. 4. 5. C. 8. 54. — l. 8. C. 8. 56. und aus l. 3. C. 8. 54. spem futurae actionis plena intercedente donatoris voluntate posse transferri; Mühlenbruch v. d. Cession S. 259. Schwankend ist Meyerfeld Lehre v. d. Schenkung Bd. II. S. 4. Anm. 10., indem er voraussetzt: die Hoffnung müsse gewissermaßen schon zum gegenwärtigen Vermögen gehört haben??

---

unter übrigens gleichen Umständen der jüngere vor, soweit nicht andere wohlerworbene Rechte Dritter (z. B. Retentions- und Compensations- oder Pfand-Ansprüche) dadurch gekränkt werden; s. Busch S. 128. cit. u. Archiv für das Handelsr. Thl. I. S. 182. u. 411., Thl. II. S. 321. [Vergl. übrigens A. D. Handelsgesetzb. Art 648. 650. 651. 661.]

§. 223.

c) Wirkungen.*)

1) — a) Tritt die Wirkung der Cession, daß der debitor cessus nicht mehr giltig an den Cedenten zahlen kann, blos in Folge der ihm vom Cessionar gemachten glaubhaften An-

*) Von der Collision des Arrests mit einer Cession s. Archiv merkw. Rechtsfälle und Entscheidungen der Rheinhessischen Gerichte Bd. II. S. 272. — Im Archiv für Civil- und Criminalrecht der K. Preuß. Rheinprovinzen Bd. XIII. Abth. II. S. 4. wird der Satz ausgeführt: „wenn der Schuldner ungeachtet des gelegten Arrests Zahlung an den Cessionar des Gläubigers leistet, so kann der Arrestimpetrant nur den debitor cessus zur nochmaligen Zahlung zwingen, nicht aber den Cessionar des Gläubigers, welcher das Geld vom debitor cessus empfing, zur Herausgabe anhalten." — Ob der Cessionar wegen einer ihm abgetretenen Forderung von dem hypothekarischen Gläubiger des Cedenten in Anspruch genommen werden könne, s. unsern Bd. II. §. 125. zu Fr. 5. Wenngleich der Cedent auch nach geschehener Cession die Forderung gegen den Schuldner noch geltend machen kann, so muß er doch zurückstehen, wenn der Cessionar intervenirt; l. 55. D. 3. 3. Ebenso der Gläubiger des Cedenten. Darin macht es keinen Unterschied, daß es etwa schon zur Litiscontestation zwischen dem Cedenten und dem debitor cessus gekommen ist, s. Puchta Instit. Bd. II. S. 166. und selbst wenn der Cedent oder dessen Gläubiger die gerichtliche Einweisung in die Schuldforderung im Executionsweg erlangt hätte, muß diese auf Intervention des Cessionars wieder aufgehoben werden. Ebensowenig ändert hieran etwas der über das Vermögen des Cedenten ausgebrochene Concurs, und es kommt nichts darauf an, ob der debitor cessus schon vor oder nach der Concurseröffnung von der Cession certiorirt wurde. Rechtsveränderungen in der Person des Cedenten, welche nach geschehener Cession eintreten, können auf das Recht des Cessionars keinen nachtheiligen Einfluß äußern; s. Mühlenbruch Lehre v. d. Cession §. 48. S. 50., Wächter Erört. aus dem röm., deutsch. und würtemb. Recht H. I. S. 273., Stuttg. 1845.

[In neuerer Zeit ist die Wissenschaft ernsthafter auf die Frage nach dem dogmatischen Wesen der Cession eingegangen. Im Röm. R. finden wir das Institut der Singularsuccession für den Uebergang der dinglichen Rechte ausgebildet, für den Uebergang der Obligationen (nomina) aber einmal die Cession und sodann die Novation. Diese beiden Institute sind Surrogate der im Obligationengebiete unstatthaften (eigentlichen) Singularsuccession, was von den Röm. Juristen dadurch ausgedrückt wird, daß sie da, wo es ihnen nicht darauf ankommt, correct zu reden, die Novation, sowie die Cession als ein transferre obligationem bezeichnen. Einige moderne Rechtslehrer meinen aber, daß die Begriffe der Obligation und der Singularsuccession nicht incompatibel, ja daß wohl schon im späteren Röm. Recht selbst die Keime einer obligatorischen Singularsuccession enthalten seyen; sie verallgemeinern den Begriff der Singularsuccession so weit, daß allenfalls die Cession als mit ihr zusammen-

zeige, oder auch schon in Folge einer dem debitor irgendwie zugekommenen Kenntniß ein? — b) Muß die Denunciation, wo sie nöthig ist, gerichtlich [oder sonst solenn] geschehen? — c) Wenn der Gläubiger dieselbe Forderung an Mehrere nach einander cedirt hat, gebührt dann im Collisionsfall dem ersten oder dem zweiten Cessionar der Vorzug, insbesondere wenn der Zweite dem Ersteren mit der Certioration des debitor cessus zuvorgekommen ist?

---

fallend erscheint. Abgesehen nun von den der juristischen Logik zu entnehmenden Bedenken dagegen, würde auf diesem Wege die Grenzlinie gegenüber der Novation, die doch auch der obligatorischen Verkehrsbewegung dient, verwischt (vergl. z. B. Mußet in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. XII. S. 359.), und überdies ist kein praktischer Grund denkbar, welcher zu jener begrifflichen Verallgemeinerung der Cession und begrifflichen Abschwächung der Singularsuccession drängen sollte. Daß man nicht an der altrömischen Idee einer procuratio in rem suam festzuhalten braucht, und doch auch eine die volle Verkehrswirkung der cessio ausdrückende römischrechtliche oder dem Röm. R. gleichartige Formel finden kann, habe ich in meiner Schrift „Die Oblig. u. Singularsucc." S. 331. 342. gezeigt, indem ich auf das Institut der utilis actio (utiliter proprio nomine agere) hinwies und den Ausdruck „Zweigobligation" vorschlug, womit einfach ausgedrückt werden sollte, daß 1) das Recht des Cessionars ein eigenes Recht (eine Obligation) und 2) ein causal von dem Stammrecht des Cedenten abgezweigtes und abhängiges Recht sey. Unter Verwerfung des von mir vorgeschlagenen technischen Ausdrucks haben Windscheid Die Actio S. 127. 133—135. 177 ff. und Bähr in v. Gerber's Jahrbb. I. S. 381. 395. 407. 411. doch denselben Gedanken — jener dogmatisch, dieser praktisch — weiter auszuführen unternommen. Es ist schwer, aus ihrer eifrigen Polemik den wahren Sachverhalt, nämlich dies zu entdecken, daß sie durchaus nichts Anderes sagen, als was ich schon gesagt habe, und daß es nur eine andere Formel ist, wenn Windscheid das Recht des Cessionars „nicht eine obligatio, sondern eine actio, aber eine eigene und selbständige actio", Bähr aber die Cession „eine Singularsuccession, welche die Obligation unvollkommener überträgt, als die Tradition Eigenthum", nennt. Allen diesen neueren Bearbeitungen der Cessionslehre liegt der Gedanke zu Grunde, daß die römische, historische Außenseite der Cession völlig abgestreift und dem materiellen Inhalte derselben zum vollen dogmatischen Ausdruck verholfen werde; das gesuchte Dogma aber soll die Wirkung des Cessionsaktes, daß darin eine eigentliche und wahre Verfügung über das nomen (des Cedenten) enthalten sey, in adäquater Weise formuliren: der Cedent veräußert, der Cessionar erwirbt etwas, dieses Etwas bildet ein eigenes Recht und zwar ein obligatorisches Recht des Cessionars, und vollends von dem Augenblicke an, wo der Cedent seine obligatio nicht mehr zum Nachtheil des Cessionars geltend machen kann, erscheint die Cession im praktischen Erfolg ganz einer Singularsuccession analog. Vergl. auch Brinz Pandekten I. §. 130. 131. und Arndts Pand. §. 256. Anm. 3.]

1[a]) [a) Kann sich der debitor cessus auf eine Schenkung der Schuld seiten des Cedenten gegenüber dem Cessionar berufen? — b) Gibt es Surrogate der Denunciation? — c) Wirkt die Denunciation schlechthin oder nur streng persönlich? — d) Welchergestalt hat der Cessionar seine Berechtigung an der Forderung dem Schuldner nachzuweisen? — e) Wie schützt sich der nicht durch liquide Beweismittel gedeckte Schuldner, wenn nach der vom Cessionar bewirkten Denunciation der Cedent, unter Bestreitung des Cessionsaktes, gegen jenen klagt? — f) Hat der Cessionar einen Anspruch gegen den Cedenten auf Gewährung liquider Beweismittel?]

2) Muß sich der Cessionar alle Einreden von Seiten des debitor cessus gefallen lassen, welche diesem gegen den Cedenten zustünden, insbesondere exc. doli? exc. compensationis?

3) Muß er sich auch auf eine Widerklage aus der Person des debitor cessus einlassen?

4) Inwiefern kann der Cessionar beneficia legis oder privilegia des Cedenten gleichfalls geltend machen?

5) Kann der Cessionar seine eigenen Privilegien auf die cedirte Forderung anwenden?

6) Geht durch die Cession der Forderung auch von selbst der Anspruch auf die zur Zeit der Uebertragung rückständigen Zinsen auf den Cessionar über?

7) Kann derjenige, welchem eine Zinsenforderung cedirt ist, von dieser auch Zinsen fordern?

8) Kann auch ein Forderungskauf ebenso, wie ein Verkauf von Sachen, wegen Verletzung über die Hälfte angefochten werden?

Zu 1) a) Mehrere Rechtsgelehrte behaupten, daß die bloße Wissenschaft von der Cession, der debitor cessus möge sie erlangt haben, wie oder woher immer er wolle, genüge, um ihn in das obligatorische Verhältniß gegen den Cessionar zu versetzen; s. Bucher Recht d. Ford. §. 28. (Ed. 1.) und die nota e cit. Boehmer jus Dig. Lib. 18. tit. 4. §. 15., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 18. tit. 4. §. 49., Hellfeld Jurispr. for. §. 1020., Breuning D. an cessus postquam sciverit factam cessionem cedenti solvere possit. Lips. 1771., v. Hartitzsch Entscheid. no. 77., Kind Qu. for. T. II. cap. 51., Glück Thl. XVI. S. 424., welcher jedoch seiner auf behauptete Praxis gestützten Meinung selbst nicht recht traut, s. S. 426. Andere setzen

einen dolus voraus, um den Schuldner für die an den ursprünglichen Gläubiger geleistete Zahlung haftbar zu machen. Ein Erkenntniß des O.=A.=G. Jena geht dagegen so weit, jede juristisch glaubwürdige Nachricht, welche der debitor cessus von der geschehenen Cession erhielt, für genügend zu achten, um ihn für die gleichwohl an den cedens geleistete Zahlung verantwortlich zu machen; s. Sächs. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1846. S. 161.

Diese Meinung ist aber mit der Theorie nicht vereinbarlich, und es steht ihr auch sogar l. 4. C. 8. 17. bestimmt entgegen. Die vermeintliche Berufung auf l. 17. D. 2. 15. ist ganz unerheblich. Es ist da gesagt: wenn ein Erbschaftsschuldner an den Erben bezahlt hat, ohne zu wissen, daß dieser die Erbschaft verkauft hat, oder an einen Erben, welcher nur fideicommißweise Erbe wurde, ohne daß ihm diese Beschränkung bekannt war, so wird er durch sein Nichtwissen liberirt. Per argumentum e contrario folgert man hiernach, schon das bloße Wissen mache verantwortlich. Allein l. 17. cit. entscheidet nur den Fall eines Fideicommisses und eines Erbschaftskaufs, welcher sich vor anderen Fällen dadurch unterscheidet, daß schon das bloße Bestehen eines solchen Rechtsverhältnisses allgemein verbindend ist, daher nur eine entschuldbare factische Unwissenheit dem Schuldner zu Statten kommen kann, wenn er an den unrechten Mann zahlte. Durch diese aus ihrer besonderen Natur erklärbaren Ausnahmen wird also die Regel nicht aufgehoben; s. Puchta Pand. §. 283., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 574. Anm. 1. [Nach dem Vorgange von Mußet i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. XII. hat Windscheid Die Actio S. 140 ff. die Denunciation als eine Besitzergreifung der actio seiten des Cessionars aufgefaßt und auf Grund dieses Gedankens den Satz aufgestellt, daß nur durch eine vom Cessionar selbst vorgenommene denuntiatio ihm das nomen definitiv erworben werde (S. 190.). Er kommt in diesem Resultat überein mit Mühlenbruch Cession S. 493. und Sintenis Civilr. II. §. 128. IV. B. Indeß dürfte es richtiger seyn, die denuntiatio als eine Besitzentsetzung, d. h. als eine Beseitigung des Besitzes des Cedenten, dem bis dahin die actio noch zusteht, aufzufassen, denn der Cessionar erwirbt die actio sofort mit dem Cessionsact (vergl. dazu Bähr in v. Gerber's Jahrbb. I. S. 421.), und nur darum kann es sich daneben handeln, daß dem Cedenten fortan die actio entzogen werde. Dies aber kann geschehen durch eine Handlung des Cessionars und auch durch eine Handlung des Cedenten, diese hat dieselbe Wirkung wie jene. Dieser Satz wird (freilich anders begründet)

auch von Bähr a. a. O. S. 418. u. 433. verfochten, sowie vom Obertribunal zu Stuttgart (s. Seuffert's Archiv III. No. 156.) anerkannt, wogegen das O.-A.-G. zu Wiesbaden (s. Seuffert's Archiv VI. No. 25.) mit Windscheid übereinstimmt. Scheinbar sehr weit geht Bähr a. a. O. S. 417., wenn er bemerkt, daß eine jede irgendwie erlangte Kunde von der Cession den Schuldner verpflichte, den Cedenten nicht mehr als Gläubiger anzunehmen, sofern in dieser fortdauernden Annahme ein dolus des Schuldners wider den Cessionar liegen würde, aber nur scheinbar, denn er fügt hinzu, zu diesem Behufe müsse die erlangte Kenntniß eine sichere Grundlage haben, und diese werde in der Regel nur durch die Denuntiation des Cessionars (bez. des Cedenten) beschafft. Vergl. dazu Arndts Pand. §. 256. Anm. 1.]

b) Daß außergerichtliche Certioration genüge, unterliegt wohl keinem Zweifel; s. Klein merkw. Rechtsspr. der Hall. Jurist.-Fac. Bd. I. S. 147. und die dort citirten Autoren. [Das O.-A.-G. zu Wiesbaden sprach aus: was die Form der Benachrichtigung von einer stattgehabten Cession anbelangt, so ist solche gerade nicht auf die Vorzeigung der schriftlichen Cessionsurkunde zu beschränken, dieselbe hat vielmehr in einer Weise zu geschehen, daß in dem debitor cessus die Ueberzeugung entstehen muß, sein bisheriger Gläubiger hatte seinem Rechte zu Gunsten des benachrichtigenden neuen Gläubigers entsagt. Seuffert's Archiv XI. No. 32.]

c) Zwar sind auch über diese Frage die Meinungen der Rechtsgelehrten getheilt, es ist aber ohne Zweifel derjenigen Ansicht beizupflichten, daß nicht der erste Cedent, sondern der erste Certiorant des debitor cessus vorgehe. Nach den römischen Rechtsbegriffen bleibt bekanntlich der Cedent nach wie vor der Cession Gläubiger, und kann daher fortwährend mit voller Wirkung disponiren. Solche fortdauernde Einwirkung des Cedenten und ihre den Cessionar gefährdenden Folgen kann dieser nur dadurch abwenden, daß er sein Rechtsverhältniß mit dem Schuldner fixirt, was er dadurch thun kann, daß er Klage gegen ihn erhebt und mit ihm litem contestirt, aber auch schon dadurch, daß er den Schuldner von der geschehenen Cession benachrichtigt. Wenn demnach die Lösung des fortbestehenden Rechtsverhältnisses zwischen dem Cedenten und dem Schuldner nur auf solche Weise bewirkt werden kann, so folgt nothwendig, daß nur derjenige Cessionar, welcher es gelöset hat, den Vortheil dieser Lösung in Anspruch nehmen kann. Ist nun ein zweiter Cessionar damit zuvorgekommen, so kann dieser den ersten Cessionar auf dieselbe Weise ausschließen, wie dieser seinen Autor ausschließen konnte; s. Müh-

lenbruch a. a. O. §. 48. S. 502., Muffet in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. XII. S. 339. Anders mag es sich wohl nur dann gestalten, wenn noch res integra ist, s. Schäffer im Archiv f. prakt. Rechtsw. Bd. I. S. 140. Dies ist aber wohl nur von dem Fall zu verstehen, wenn keiner der concurrirenden Cessionare sein Rechtsverhältniß mit dem Schuldner fixirt hatte. [Für den unbedingten Vorzug des älteren Cessionars entscheiden sich auch v. Vangerow Pand. III. §. 575. Anm. 4., Schäffer, das O.-A.-G. zu Rostock in Buchka-Budde Entscheid. III. S. 105 ff. und neuerdings besonders Bähr, wogegen Puchta Vorles. §. 283., Flach Entscheid. d. O.-A.-G. zu Wiesbaden III. S. 141., Muffet und neuerdings auch Sintenis Civilr. Bd. II. §. 128. Anm. 77. (welcher seine frühere entgegengesetzte Ansicht aufgegeben hat), Knorr im Archiv f. civ. Prax. Bd. 42. S. 312 ff. und Windscheid Die Actio S. 191—193. das bessere Recht des zuerst denuntiirenden Cessionars verfechten. Letzterer bemerkt: „Erst mit der Denuntiation hört der Cedent auf, Gläubiger zu seyn; bis dahin ist sein Forderungsrecht weder ganz, noch zum Theil, noch in irgend einer Weise, von ihm abgegangen. Folglich kann er dasselbe auch immer noch einem Andern übertragen. Es stehen sich dann zwei einstweilen gleich Berechtigte gegenüber; für Jeden spricht, daß ihm das Forderungsrecht abgetreten worden ist, und zwar von Demjenigen, dem es zustand. Aber der eine und der andere Uebertragungsakt ist imperfekt; damit er perfekt werde, muß von Seiten des Empfängers etwas hinzugethan werden; wer von jenen beiden es zuerst hinzuthut, hat das Recht erworben". Bähr in v. Gerber's Jahrbb. I. S. 435 ff. hat sich unter Berufung auf Erkenntnisse der obersten Gerichtshöfe zu Lübeck (Seuffert's Archiv VIII. No. 248.) und zu Cassel und von seinem dogmatischen Standpunkte aus, wonach „die Cession einen wirklichen, quasi-sachlichen Rechtsstoff überträgt" für den Vorrang des älteren Cessionars ohne Rücksicht auf Denuntiation erklärt, und davon weitere Consequenzen abgeleitet (s. ebendas. S. 440.). Diese insbesondere von Knorr a. a. O. angegriffene Ansicht ist doch von den obersten Gerichtshöfen zu Lübeck und zu Stuttgart festgehalten worden (Seuffert's Archiv XIII. No. 246.). Bedenklich klingt die von dem letzteren Gerichtshofe beigefügte Bemerkung: „Es muß dieser Ansicht umsomehr beigetreten werden, wenn nach Maßgabe der neueren Gesetzgebungen, wie nach der Volksansicht das Recht auf eine Forderung als eine Art Eigenthumsrecht und der Cessionar nach erfolgter Cession als der alleinige wahre Gläubiger betrachtet wird.

Denn wenn die Cession eine Art Eigenthumsübertragung enthält, so ist nicht einzusehen, wie eine schon einmal zu Eigenthum übertragene Forderung von dem Cedenten später wieder einer andern Person mit Rechtsbestand sollte eigenthümlich abgetreten werden können."]

Zu 1a) [a) Mit Recht bezeichnet Bähr in v. Gerber's Jahrbb. I. S. 419. diese Frage im Allgemeinen als eine quaestio facti, zu deren Verneinung freilich in den meisten Fällen Grund genug vorhanden seyn wird. Zu weit geht er aber, wenn er, unter Beziehung auf Schäffer im Archiv f. prakt. Rechtswiss. I. S. 154. sich der Ansicht zuneigt, daß hier geradezu der Satz: causa lucrativa pro dolo est, Anwendung finden dürfte, was darin seine praktische Rechtfertigung finden soll, daß in den meisten Fällen solcher schenkungsweisen Zuwendungen ein dolus des Schenknehmers wirklich vorhanden seyn werde, wenn er auch nicht bewiesen werden könne. Daß die Behauptung des Schenkens eine verdächtigere sey, als die des Vergleichs oder der stattgefundenen Zahlung, mag zugegeben werden, dennoch wird Alles auf die concreten Umstände ankommen, und eine factische Wahrscheinlichkeit kann nicht ohne Weiteres zu einer rechtlichen Präsumtion gestempelt werden, auch wenn wirklich Analogien dafür angeführt werden könnten.

b) Es ist Bähr beizustimmen, wenn er a. a. O. S. 420. sagt: Jede Anerkennung des Cessionars als solchen, z. B. Bitte um Fristgestattung, Anerbieten eines Vergleichs, enthebt diesen einer besonderen Kundgebung der Cession; es kann fortan der Schuldner, auch wenn seine Kunde von der Cession eine minder sichere seyn sollte, nicht ohne Weiteres den Dispositionen des Cedenten über die Forderung Folge leisten.

c) Die Antwort wird von der Auffassung der Cession abhangen; nach Bähr a. a. O. S. 421. wirkt die Denuntiation, welche nur dem Schuldner persönlich geschehen ist, an sich nicht gegen dessen Erben, und dieselbe Beschränktheit der Wirkung soll gegenüber den nicht benachrichtigten correi debendi anzunehmen seyn.

d) Hierauf antwortet Bähr a. a. O. S. 450.: Der belangte Schuldner kann nicht allein verlangen, daß, damit er überhaupt zahle, der Cessionar seine Berechtigung ihm gegenüber, sondern auch, damit er nicht doppelt zahlen müsse, dieselbe im Verhältniß zum ursprünglichen Gläubiger nachweise. Hiernach (S. 463.) ist der Cessionar gehalten, den Forderungsübergang auf ihn liquid zu machen, oder, wenn er das nicht vermag, materielle Caution zu leisten. Zur Liquidmachung aber ist — da Zeugen ein unsicheres, nur relativ wirkendes Beweismittel abgeben, der Eid aber in dieser Beziehung völlig un-

wirksam ist — nur eine öffentliche Urkunde über die Cession oder ein Anerkenntniß derselben seiten des Cedenten ausreichend. Wo der Cessionar zu materieller Sicherheitsleistung bereit ist, da kann er sich jeder Art von Beweismitteln bedienen, auch der Eidesdelation, um den processualischen Beweis der Cession dem Schuldner gegenüber zu erbringen.

e) Der Schuldner kann vom Cessionar verlangen, daß dieser ihm mit zureichenden Beweismitteln zur Seite trete (Litisdenunciation); unterläßt derselbe seine Proceßhilfe, so kann der Schuldner dem Cedenten Zahlung leisten und den Cessionar mit seinen Ansprüchen an diesen verweisen; s. Bähr a. a. O. S. 469—475.

f) Bähr a. a. O. S. 481. antwortet: Da der Cessionar zur vollen Ausübung des ihm durch die Cession übertragenen Rechts nur mittels eines liquiden Cessionsinstrumentes gelangen kann, so ist der Cedent ihm auch zur Ausstellung eines solchen verpflichtet, — ebenso wie der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer die Schlüssel des verkauften Hauses zu überliefern und die Urkunden offen zu legen, welche die Grenzen des verkauften Grundstücks aufweisen; er ist verpflichtet kraft der bona fides des der Cession zu Grunde liegenden Vertrags. Von selbst versteht es sich dabei, daß die Kosten des Cessionsinstruments vom Cessionar getragen werden müssen, wenn nicht ein besonderer Grund für das Gegentheil vorliegt.]

Zu 2) Nach den rechtlichen Grundbegriffen von der Cession klagt der Cessionar zwar zu seinem eigenen Vortheil, aber doch immer nur eine fremde Obligation ein;*) es läßt sich demnach nicht denken, daß die obligatio irgend eine Veränderung durch die Cession erleiden könne. Daher hat schon die Glosse angenommen, daß alle dem Cedenten entgegengestandenen Einreden auch dem Cessionar wirksam entgegengesetzt werden können. Nachdem Verwirrungen, welche die Doctrin in der Folge durch mißverstandene Anwendung des Unterschieds der exc. in rem und in personam**) insbesondere in Beziehung auf die

*) Darin liegt eben der Unterschied zwischen Cession und Delegation. Bei letzterer klagt der neue Gläubiger aus einer neuen von ihm selbst erworbenen Obligation, indem der Schuldner ihm die Summe oder Sache zu leisten verspricht, welche er vorher einem Andern schuldig war, welcher aber dagegen in die Aufhebung der alten Verbindlichkeit einwilligt. Durch die Cession, welche ohne alle Einwirkung des Schuldners von Statten geht, wird aber die ursprüngliche Verbindlichkeit nicht aufgehoben, mithin müssen auch alle aus derselben entspringenden Einreden fortdauern.

**) Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 500. not. 12., Göschen Vorles. §. 382. a. E. und Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 612. Anm. n.

exc. doli herbeigeführt hat und — Seuffert Pand. Bd. II. §. 302., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 401. der 4. Ausg. von Dr. Mejer,*) Mühlenbruch v. d. Cession §. 59. — glücklich gelöst worden sind (s. vorzüglich Francke im civilist. Archiv Bd. XVI. S. 417., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 575. Anm. 1.), ist der vorbemerkte Grundsatz der Glosse nun wohl als der herrschende anzusehen, Günther Princ. jur. Rom. T. II. §. 976., Höpfner Instit. §. 992., Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 117. Anm. 9., Puchta Pand. §. 284., Glück Thl. XVI. S. 412. §. 1019., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 612., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. S. 275. vorausgesetzt, daß die Einreden gegen den Cedenten als Gläubiger**) gerichtet sind, und daß ihre Begründung dem Zeitpunkt, wo der Schuldner in ein ausschließendes Verhältniß zu dem Cessionar (durch Benachrichtigung von der vorgegangenen Cession) sich versetzt findet, vorausgegangen ist; übrigens ohne den von Thibaut System §. 534. und Andern aufgestellten Unterschied, ob die Cession entgeltlich oder unentgeltlich geschah, Mühlenbruch Lehre v. d. Cession S. 588. und Höpfner Instit. §. 992. Anm. 6., oder ob der Cessionar actione utili oder als procurator in rem suam klagt, Thibaut a. a. O. §. 534. Anm. u., endlich auch ohne Unterschied ob die Einrede sich darauf gründet, daß eine bestandene Forderung ipso jure z. B. durch Solution und Compensation,***) oder per ex-

---

gehen bis zu der exorbitanten Behauptung, daß bei einer onerosen Cession auch die Einrede eines pactum de non petendo in personam dem Cessionar nicht entgegengesetzt werden könne. Daraus würde die grelle Folge entstehen, daß der Gläubiger, welcher heute seinem Schuldner versprach, ihn in 5 Jahren oder Zeitlebens nicht zu belangen, nur morgen seine Forderung verkaufen dürfte, um seinen Schuldner um die begründete Einrede zu betrügen. Daß die von Mühlenbruch (für seine vorbemerkte, jedoch in der Lehre v. d. Cession S. 549. sehr geänderte Meinung) angeführte l. 28. §. 2. D. 2. 14. u. l. 57. §. 1. D. 2. 14. etwas ganz Anderes sagt, lehrt überzeugend Francke im civil. Archiv Bd. XVI. S. 424.

*) Richtiger wohl hat Schweppe in den früheren Ausgaben §. 400. ohne Ausnahme statuirt, daß der Schuldner seine Einreden gegen den alten Gläubiger auch gegen den neuen gebrauchen könne; arg. l. 175. §. 1. l. 177. pr. D. 50. 17.

**) Rein processualische Einreden können natürlich dem Cessionar nicht opponirt werden, wenn in seiner Person der Grund wegfällt. Z. B. dem ausländischen Gläubiger konnte, wenn er klagte, exc. deficientis cautionis entgegengesetzt werden, dem inländischen Cessionar nicht.

***) Die bereits oben in §. 220 zu Fr. 6. berührte Frage über die eigentliche Bedeutung eines *ipso jure* eintretenden Compensationsrechts (siehe auch

ceptionem aufgehoben sey, z. B. durch Vergleich, Judicat, Verjährung, Mühlenbruch a. a. O., l. 112. D. 50. 17. — l. 3. §. 1. D. 13. 5.

In Ansehung der Compensationseinrede folgt hieraus, daß dieselbe nach erfolgter und dem Schuldner angekündigter Abtretung nicht mehr in Beziehung auf den Cedenten, sondern nur in Beziehung auf den Cessionar stattfindet, eine früher, nämlich so lange der Cedent noch fordern durfte (also bis zur erfolgten Benachrichtigung des Schuldners von der geschehenen Cession) schon begründete Compensation aber auch gegen den Erwerber des Schuldanspruchs wirksam bleibt, daher dieser in einem solchen Fall von seinem Cedenten entschädigt werden muß, l. 23. §. 1. D. 18. 4. — Unterholzner a. a. O., v. Hartitzsch Entscheid. no. 78., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. S. 275., Francke a. a. O., Walch controv. jur. civ. pag. 705. (Ed. 3.).

Wie aber, wenn nun der Kläger replicando die Gegencompensation mit anderen Forderungen des Cedenten gegen den Beklagten, welche gleichfalls in der früheren Zeit entstanden sind, vorschützt? Es scheint, daß dieses nicht stattfinde, weil diese anderen Forderungen nicht an den gegenwärtigen Kläger übergegangen sind; das Badensche O.=H.=Gericht erkannte jedoch diese Gegencompensation für zulässig. Weil nämlich der Kläger als Rechtsnachfolger des Cedenten in Bezug auf die eingeklagte Forderung als eine und dieselbe Person mit Letzterem zu betrachten ist, so müsse ihm auch gestattet seyn, die Einrede der Compensation durch die Nachweisung zu beseitigen, daß die compensando geltend gemachten Forderungen längst aufgehört haben, zu existiren; s. Jahrb. d. O.=H.=Ger. in Baden 1843/44. S. 41.

Auch in Ansehung der Competenzeinrede dürfte man wohl nicht geneigt seyn, sich von der consequenten Durchführung des Princips durch die Vorstellung Einiger, welche, wie Mühlenbruch a. a. O. S. 591. Anm. 133a. darin eine rein processualische Einrede sehen, abwendig machen zu lassen. Denn wenn z. B. der Sohn wegen einer

---

unten Kap. VI. v. d. Compensation zu Fr. 1., vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 597., Bethmann=Hollweg im Rhein. Museum Bd. I. S. 269., Hasse im civilist. Archiv Bd. VII. S. 156.) ist zwar dem Anscheine nach zu einem vollkommenen Einverständniß unter den Rechtsgelehrten noch nicht gebracht, die Verschiedenheit der Meinungen hierüber wirkt aber auf den obigen Satz nicht störend ein, denn nach l. 112. D. 50. 17. und der herrschenden Meinung gemäß kann Niemand ein Recht abtreten, welches ihm entweder nicht mehr zusteht, oder durch eine wirksame Einrede vernichtet werden kann; Mühlenbruch a. a. O. S. 596.

Forderung an seinen Vater nur in id, quod facere potest die Condemnation geltend machen kann, so liegt darin doch gewiß eine Minderung der obligatio selbst,*) wobei es keinen Unterschied machen kann, daß diese qualitative Verminderung ihrer Natur nach im Proceß-Stadium der Execution erst hervortritt. Es ist kein Grund vorhanden, warum man den Cessionar nicht auf den Grundsatz verweisen dürfte: non debeo melioris conditionis esse, quam auctor, a quo in me jus transiit, l. 160. §. ult. l. 175. §. 1. D. 50. 17. Diese Meinung wird vertheidigt von Glück Thl. XVI. S. 421., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 78. (§. 51.), v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 575. Die Anhänger der entgegengesetzten Meinung z. B. Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 612. Anm. n., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 401. S. 70., Braun Dict. zu Thibaut §. 79. S. 100. gehen von der Ansicht aus, ein zwischen Gläubiger und Schuldner bestehendes so ganz persönliches Verhältniß, welches letzterer auch nicht einmal gegen die Erben seines Gläubigers geltend machen kann, könne unmöglich einem Cessionar entgegenstehen, und da die Gesetze erlauben, daß man über seine Forderung durch Cession disponiren darf, so müsse der debitor cessus es sich auch gefallen lassen, eine andere Person als Gläubiger anzuerkennen, mit welcher er in keinen solchen persönlichen Beziehungen steht. Es ist aber mit v. Vangerow sehr zu bezweifeln, daß diese Argumentation dem Geist der Gesetze angemessen sey, welche die Cession keineswegs begünstigen, sondern überall beschränken, wo der Schuldner dadurch in eine nachtheiligere Lage käme; v. Vangerow a. a. O. findet es ebenso contra bonos mores, wenn der Sohn seinen dürftigen Vater durch einen Cessionar auf das äußerste ausklagen läßt, als wenn er es selbst thäte. Daraus, daß mit dem Tode des Cedenten das bindende Verhältniß aufhört, scheint auch nichts weiter zu folgen, als daß alsdann dem Cessionar so wenig als dem Erben die Einrede entgegengesetzt werden kann.

Zu 3) Zur Beurtheilung der hier einschlagenden Gesetzstellen l. 33. §. 3—5. l. 34. l. 35. l. 70. D. 3. 3. sind vorzüglich die Erläuterungen von Puchta im Rechtslex. Bd. II. S. 663. und Mühlenbruch v. d. Cession S. 613. zu vergleichen. Das Resultat im Allgemeinen ist, daß man die Frage nicht unbedingt bejahen oder

*) Die Postglossatoren, bemerkt Francke a. a. O. S. 420., zählen zu den exceptiones rei cohaerentes (die jedem Cessionar entgegenstehen) alle Einreden, welche irgend von Einfluß sind auf das Forderungsrecht, dessen Größe und Qualität.

verneinen kann. Zwar ist wohl auf den noch von Glück Thl. V. S. 277. angenommenen Unterschied, ob der Cessionar im Namen des Gewaltgebers oder act. utili klagt, kein Werth zu legen, und auch ein anderer von älteren Rechtslehrern aus l. 33. §. ult. D. 3. 3. geschöpfter Unterschied, ob die Cession ex necessitate geschah oder nicht, scheint nicht durchgreifend zu seyn. Unbedenklich ist anzunehmen, daß der Cessionar auf eine Widerklage, welche in einem besonderen Verhältniß zwischen dem Schuldner und Cedenten beruhte, sich einzulassen nicht verbunden ist; s. Mühlenbruch a. a. O. S. 612., wie denn auch das ältere röm. Recht in den mutuis petitionibus nie andere verstanden hat, als welche ex eodem negotio fließen, s. Glück Thl. III. S. 97., oder nach Puchta a. a. O. „soweit der Gegenanspruch auch mit einer Einrede nach den bereits vorgetragenen Grundsätzen gegen den Cessionar geltend gemacht werden könnte, kann dem Schuldner die Befugniß nicht abgesprochen werden, ihn in die Form einer Widerklage zu bringen, weiter aber geht sein Recht zur Widerklage aus der Person des Cedenten schon nach der Natur derselben nicht." Hiermit stimmt überein ein Erkennt. d. O.-A.-G. in Darmstadt, s. Elvers' Archiv Bd. II. H. 2. S. 321.

Zu 4) Daß der Cessionar das Recht des Cedenten mit allen Anhängen desselben, als Pfandrechten,*) Bürgschaften u. dergl. erhält, ist zwar unzweifelhaft, l. 6. l. 23. pr. D. 18. 4. — l. 6. l. 7. C. 4. 10., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 206., vergl. Klüpfel Abhandl. über einzelne Theile des bürgerl. Rechts S. 240., Gesterding Nachforschungen Thl. I. no. 11. In Ansehung der Privilegien des Cedenten hat es ebensowenig Anstand, soviel die privilegia rei und causae betrifft, z. B. die stillschweigende Hypothek der Ehefrau wegen ihres Heirathsguts auf dem Vermögen ihres Mannes; ob aber der Cessionar auch die persönlichen Privilegien des Cedenten für die cedirte Forderung geltend machen könne, darüber führen, abgesehen von der unzweifelhaften Wahrheit, daß rein processualische Privilegien des Cedenten, welche mit der cedirten Forderung in keiner Verbindung stehen, dem Cessionar immer fremd bleiben, die Erklärungsversuche der einschlägigen Gesetzstellen zu sehr verschiedenen Ansichten. Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 400. unterscheidet, ob der Cessionar die Valuta freiwillig dem Cedenten bezahlt, und dann soll er auch auf die persönlichen Privilegien des

---

*) Nach l. 6. D. 18. 4. kommt dem Cessionar auch das nach der Cession erst erlangte Unterpfand zu gute.

Cedenten Anspruch haben, nicht aber, wenn er die Forderung umsonst erhalten, oder sie gezwungen angenommen hat. Andere drücken die dieser Distinction zum Grunde liegende Idee bestimmter dahin aus: die persönlichen Privilegien des Cedenten, z. B. privilegia exigendi gingen auf den Cessionar insofern über, als das Interesse des Cedenten (welcher nämlich dadurch seine Forderung besser verwerthen kann) es mit sich bringt; Mühlenbruch a. a. O. S. 566., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 76. (§. 50.) In ähnlicher Weise erklärt sich auch Donell. Comm. Lib. XV. Cap. 44. §. 25., jedoch mit der von den Neuern wohl allgemein als unbrauchbar erkannten Distinction, ob der Cessionar mandatis actionibus oder actione utili auftrete.

Ueberhaupt aber wird man an diesen Expositionen eine rationelle Grundlage vermissen. Man muß vielmehr zuvörderst den in den Gesetzen so vielfach ausgesprochenen Grundsatz festhalten, daß der Cessionar nicht mehr und nicht weniger Recht habe, als der Cedent, l. 5. l. 8. C. 4. 39. — l. 2. pr. l. 6. D. 18. 4. — und so kann man mit Puchta Pand. §. 284. sagen: „der Cessionar macht die Forderung mit allen Accessionen geltend, die sie bis zur Cession erhalten hat, l. 23. pr. D. 18. 4. — l. 6. l. 7. C. 4. 10., l. 14. C. 8. 41. — sey es durch Handlungen des Cedenten, ipso jure, durch jus commune oder jus singulare, durch privilegia causae oder personae," l. 24. pr. D. 4. 4. — l. 43. D. 22. 1. — l. 2. C. 8. 19. Wesentlich wird aber dabei die Accessions-Eigenschaft vorausgesetzt, und ist insbesondere bei einem privilegium personae darauf zu sehen, ob der Grund der Accession schon bei dem Cedenten eingetreten und wirksam geworden war. Denn, wie schon oben bemerkt ist, können zwar nicht die Privilegien oder Singularrechte gewisser Personen cedirt werden, wohl aber die Rechte und Forderungen, welche ein jus singulare zur Quelle haben. Z. B. wenn der Schuldner gegen den Cedenten vermöge singulärer Rechtsvorschrift ohne Interpellation in moram gekommen war, so kann der Cessionar diese mora geltend machen, sie dauert ihm gegenüber fort, l. 43. D. 22. 1. — Er hat das vom Cedenten erworbene Pfandrecht, auch das gesetzliche, und selbst wenn es um der Person des Gläubigers willen der Forderung beigelegt ist, auszuüben, l. 2. C. 8. 19. Hiermit übereinstimmend lehrt v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 575. Anm. 2. Ziff. 2.: „bei denjenigen Privilegien, welche der Person des Gläubigers, nicht dem Forderungsrecht selbst zustehen, ist darauf zu achten, ob und inwieweit ein solches Privilegium schon mit der cedirten Forderung in Verbindung gekom-

men ist, denn nur dann, wenn dies schon geschehen und nur so weit, als es geschehen, kann auch der Cessionar davon Gebrauch machen." Zufolge dieser Grundsätze beantwortet Puchta im Rechtslex. Bd. II. S. 658. die so bestrittene Frage, ob ein persönliches privilegium exigendi auf den Cessionar übergehe,*) ganz consequent nach dem, was vorhin von dem privilegium fisci, seinen Schuldner auch ohne Interpellation in moram zu versetzen, bemerkt worden ist. Wenn nämlich der Cessionar dieses jus singulare geltend machen will, so kann er es nur insofern, als der Schuldner schon dem Cedenten gegenüber, also vor der Cession in moram verfallen war. Auf den Cessionar geht nicht das Recht über, den Schuldner nach dem singulären Recht des Cedenten in moram zu versetzen, sondern die Accession, welche die Forderung durch die bei dem Cedenten schon entstandene mora erhalten hat. Dieselbe Bewandtniß hat es denn auch bei dem privilegium exigendi. Darum, daß der Cedent, wenn er die Forderung im Concurs geltend gemacht haben würde, die vorzügliche Stelle erworben hätte, die ihm das persönliche privilegium exigendi gewährt, hat die Forderung nicht schon jetzt eine Accession, welche auf den Cessionar überginge. Dasselbe gewährte blos die Möglichkeit eines künftigen Vortheils, im Fall etwa einmal der Schuldner in Concurs gerathen würde, aber es war zur Zeit der Cession noch kein in concreto wirklich begründetes Recht aus jener Rechtswohlthat hervorgegangen; v. Vangerow a. a. O. Man ist darüber einig, daß zwar die stillschweigende Hypothek der Ehefrau in dem Vermögen ihres Ehemannes auf den Cessionar übergehe, nicht aber das Vorzugsrecht, mit welchem die Gesetze diese Hypothek begleiten; s. Glück Thl. XVI. §. 1019.

Zu 5) Aus dem Grundbegriff von der Cession, daß nämlich der Cessionar eine fremde Forderung als Stellvertreter (procurator), aber zu seinem eigenen Vortheil (in rem suam) ausübt, folgt von selbst, daß der Cessionar zwar seine processualischen Privilegien,**) nicht aber irgend ein den Inhalt oder Umfang der obligatio afficirendes bene-

*) In einigen Gesetzstellen wird nämlich die Möglichkeit dieses Uebergangs vorausgesetzt, l. 2. D. 42. 3. — l. 24. §. 3. D. 42. 5.; andere scheinen entgegenzustehen, insbesondere l. 68. D. 50. 17. ubi personae conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea beneficium quoque deficit.

**) oder solche, welche mit der cedirten Forderung in keinem Zusammenhang stehen, z. B. die in integrum restitutio wegen versäumter Proceßfristen von Seite des minderjährigen Cessionars, s. Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 611.

ficium dabei zur Anwendung bringen kann. Thibaut*) hat daher, indem er beharrlich gegen Mühlenbruch behauptet, der Cessionar könne sich bei Verfolgung des Rechts seiner eigenen Privilegien bedienen, die gemeine Lehre gegen sich; Wehrn D. de cessionario privilegiato etc. Erf. 1786. §. 1—3., Mühlenbruch a. a. O. §. 58., Glück Thl. XVI. S. 408., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 611., Voet Comm. ad Pand. Lib. 18. tit. 4. §. 13., Puchta in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 659., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 575. Anm. 2. a. E. Ueber die gewöhnlich zu Gunsten des fiscus aus l. 6. D. 49. 14. geschöpfte Ausnahme von der Regel s. vorzüglich Puchta a. a. O. S. 660.

Zu 6) Das Recht auf die in Rückstand befindlichen Zinsen wird in denjenigen Fällen, wo es nicht durch eine besondere Klage verfolgt werden kann und daher von dem Hauptanspruch untrennbar ist,**) allemal übertragen, außerdem nur, wenn es in der Abtretung mit begriffen wurde; Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 400., Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 612. Bei Cedirung von Capitalien versteht es sich demnach nicht von selbst, daß auch die rückständigen Zinsen auf den Cessionar übergehen; Seuffert u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. VIII. S. 128., Bd. IX. S. 271. Die vom Schuldner zu bezahlenden vertragsmäßigen laufenden Zinsen richten sich nicht nach der Zeit der Schuldabtretung, sondern nach den in der Schuldverschreibung bestimmten Terminen, v. Quistorp rechtl. Bemerkungen Thl. I. no. 14.

Zu 7) Manche Rechtsgelehrte behaupten zwar in diesem Fall eine Ausnahme von dem gesetzlichen Verbot Berlich Concl. pract. P. II. dec. 268. no. 37., Struv. Exerc. 27. §. 51. no. 13. Die dafür angeführten Gesetze l. 7. §. 12. D. 26. 7. — l. 18. C. 2. 19. — l. 19. §. 4. D. 3. 5. beweisen aber diese den Grundprincipien der Cession widerstreitende Meinung durchaus nicht; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. Med. 216. Zu vergleichen ist Kap. II. §. 214. zu Fr. 2. u. §. 215. zu Fr. 5. wegen Verschiedenheit der dort behandelten Fälle.

Zu 8) Die Verschiedenheit der Meinungen hierüber rührt von der verschiedenen Auffassung des Grundes der l. 2. u. 8. C. 4. 44. her. Mühlenbruch v. d. Cession §. 63. S. 622. glaubt ihn mit

---

*) System d. Pand. R. §. 534. der 8. u. §. 464. der 9. Ausg., Braun Dictaten §. 79.

**) vergl. oben Kap. II. §. 213. zu Fr. 5.

Glück Thl. XVII. S. 81. u. 85. darin zu finden, daß dem Verkäufer,*) welcher den obwohl gewissen Werth der weggegebenen Sache nicht gekannt hat, aus Billigkeit geholfen werden wollte. Auf diese Grundlage könnte man nun freilich für den Cedenten einen Rescissionsanspruch wegen Verletzung über die Hälfte unmöglich bauen; denn war die Forderung ungewiß, so fehlt die Voraussetzung der Querel, welche, ohne daß ein bestimmter Werth beim Weggeben vorhanden war, gar nicht motivirt werden kann; war es aber eine durchaus gewisse Forderung, so konnte dem Weggebenden der Werth unmöglich unbekannt seyn. Allein diese Grundlage scheint überhaupt unbrauchbar, und vielmehr geeignet, die querela laes. enorm. durchaus zu destruiren, da gerade dem verkaufenden Eigenthümer der Werth seiner Sache am besten bekannt seyn muß.**) Es ist daher Mühlenbruch's Meinung wohl mit Recht aus mehreren Gründen von Puchta in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 652. bestritten, welcher vielmehr das remedium ex l. 2. C. cit. auf Forderungsverkäufe ebensowohl als auf Verkäufe von Sachen für anwendbar erachtet, indem der eigentliche Grund des Gesetzes in der von Rücksichten des Gemeinwohls geleiteten Absicht des Kaisers liege, denjenigen, welche von der Noth gezwungen waren, ihre Sachen um jeden Preis wegzugeben, noch ein Rettungsmittel zu gewähren, dieser Grund aber immer derselbe bleibe, der Gegenstand des Verkaufs möge seyn, welcher er wolle.

---

§. 224.

d) Von der dem Cedenten gegen den Cessionar obliegenden Gewährleistung.***)

1) Ist bei einem unbestimmten oder generellen Evictionsver-

---

*) Nur ihm, nicht, wie die Praxis thut, auch dem Käufer ist das beneficium gegeben.

**) Deswegen läßt das Preußische Landr. Th. I. Tit. XI. § 59. den Einwand der Verletzung über die Hälfte dem Verkäufer gar nicht zu, sondern nur dem Käufer, weil nur bei ihm ein so großer Irrthum über den Werth der Sache als möglich angenommen werden kann.

***) Der noch von Walch Controv. jur. civ. pag. 593. § 6. (Ed. 3.) vertheidigte Satz: qui nomen cedit, non solum intuitu veritatis, sed etiam bonitatis evictionem praestare debet, dessen Widerlegung sich vorzüglich Gebrüder Overbeck Meditt. Bd. II. no. 104. zur Aufgabe gemacht haben,

sprechen*) nur die Richtigkeit oder auch die Güte der Schuld zu prästiren?

2) Muß der Cedent dann für die Güte einstehen, wenn er eine Forderung an Zahlungsstatt cedirt hat?**)

---

ist in seiner Allgemeinheit schon lange als verworfen anzusehen, gleichviel ob der Cessionar in der Beitreibung säumig war oder nicht; Mühlenbruch v. d. Cession §. 64. und die Anm. 185. u. 186. angeführten Schriftsteller; Glück Thl. XVI. §. 1023., Arndts Pand. §. 257. Die gewöhnliche Lehre ist, daß der Cedent für die Güte der cedirten Forderung nur dann hafte, wenn er dies bestimmt erklärt, oder sich eines Betrugs schuldig gemacht, oder die Nichtrealisirbarkeit selbst herbeigeführt hat; Sintenis Civilr. Bd. II. §. 128. S. 810. der 2. Aufl. Eine andere Ausnahme in dem Fall, wenn man eine Forderung verpfändet und im Fall unterbleibender Einlösung cedirt hat, wie Wordenhoff D. qua doctrina de cedente ad cessi nominis bonitatem praestandam non obligato sub examen revocatur, Traj. ad Rhen. 1751. behauptet, ist wohl nicht für gegründet zu achten, Glück Thl. XVI. S. 455. Aber Modificationen kann der obige Grundsatz allerdings, wie Puchta lehrt (s. in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 653. und in d. Pand. §. 282.), durch die besondere causa cessionis erleiden. Gewöhnlich wird gelehrt: wenn eine Forderung dotis nomine cedirt ist, so hafte der Cedent dem Ehemann schlechterdings für die Güte; Glück Thl. XVI. S. 453. Dies beruht aber nur auf Verwechselung der Frage: trägt der Mann das periculum? was allerdings nach l. 49. pr. D. 24. 3. zu verneinen ist, mit der in mehrfachen Rücksichten ganz verschiedenen Frage: ist der Cedent verpflichtet, die Güte zu gewähren? s. Puchta im Rechtslex. Bd. II. S. 654., Fritz Erl. zu Wening-Ingenheim S. 76. u. 78. Anm. 91., Schliemann über die Haftung des Cedenten (Ed. 2.) S. 76. Der Schenker ist bekanntlich zur Eviction durchaus nicht verbunden; l. 18. §. 3. D. 39. 5. Das Vermächtniß einer gar nicht existirenden Forderung braucht der Erbe nicht zu gewähren; l. 75. §. 1. 2. D. de leg. I. (30.) Wo der Cedent nur, insofern er die Forderung hatte, zur Cession und außerdem zu nichts verbunden war, hat er auch nicht für deren Existenz einzustehen, s. Puchta a. a. O. S. 654., Mühlenbruch a. a. O. S. 630., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 75. (§. 49.) Keiner besonderen Schwierigkeit scheint die in v. Hohnhorst Jahrbücher d. Großh. Bad. O.-H.-G. Mannheim Bd. IV. S. 339. u. 253. abgehandelte Frage zu unterliegen: „wird der Cedent einer Schuldforderung von jedem Regreßanspruch frei, wenn der Cessionar sich mit dem Schuldner ohne Beiladung des Cedenten in einen Vergleich eingelassen, oder ihm sogar einen Theil der Schuld nachgelassen hat?"

*) Dabei ist jedoch der zwischen der eigentlichen Eviction und der Gewährleistung bei der Cession bestehende Unterschied nicht zu übersehen. Ob das pactum de non praestanda evictione giltig sey? s. Kap. V. §. 245.

**) Im Archiv für das Civil- u. Criminalr. d. K. Pr. Rheinprovinzen Bd. VIII. S. 159. findet man sehr verschiedene Entscheidungen der Frage: Wenn der Cessionar die an Zahlungsstatt übertragene Forderung im nämlichen

3) Inwiefern muß der Cedent auch für die Accessorien, insbesondere für die der Forderung zur Sicherheit dienenden Unterpfänder haften?

4) Muß der Cedent nicht wenigstens dann einstehen, wenn der debitor cessus schon im Augenblick der Cession insolvent war, ferner wenn die Schuld wegen eines zeitigen Hindernisses, z. B. wegen eines Indults, oder weil die Schuld erst nach Ablauf einer gewissen Zeit fällig wird, nicht gefordert werden kann?

5) Was hat im Handel mit Staatspapieren derjenige zu gewähren, welcher die Abtretung guter Papiere versprochen hat?

6) In welchen Fällen wird selbst derjenige Cedent, welcher entweder ex lege oder ex pacto für die Güte der cedirten Forderung zu haften hat, gleichwohl von dieser Haftung frei?

7) Ist der Cessionar des Verkäufers, welcher als solcher den Kaufpreis in Empfang nimmt, im Falle der Eviction und abgesehen von besonderen Vertragsbedingungen zur Garantie verbunden?

Zu 1) Die Meinung derjenigen, welche in einem ausdrücklichen Versprechen der Gewährleistung von selbst einen Verpflichtungsgrund, auch für die Sicherheit der Forderung zu haften, um deswillen finden wollen, weil sonst etwas Ueberflüssiges gesagt wäre, die Grundsätze der Interpretation aber erforderten, jeder Willensäußerung eine Bedeutung beizulegen, s. Mühlenbruch v. d. Cess. S. 629., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 128. Anm. 63., Müller Obs. pr. ad Leyser T. II. Fasc. II. obs. 416., scheint nicht hinlänglich begründet, denn auch das Versprechen, alle gesetzlichen Verbindlichkeiten erfüllen zu wollen, hat eine genugsame Bedeutung, und pflegt gewöhnlich niedergelegt zu werden. Im Allgemeinen ist daher kein Grund vorhanden, warum man nicht das Versprechen lediglich in der gesetzlichen Bedeutung, also nur in Beziehung auf die Richtigkeit der Schuld,

---

Werth, den sie darstellt, und unter der ausdrücklichen Clausel angenommen hat, daß der Cedent von aller Verbindlichkeit zur Gewährleistung der Integralität derselben gänzlich enthoben seyn solle, ist dann der Cedent dennoch verpflichtet, für denjenigen Theil der Forderung, welcher zur Zeit der Cession nicht mehr existirte (pro veritate nominis), Gewähr zu leisten?“ In erster Instanz wurde die Frage verneint, in zweiter Instanz war Stimmengleichheit, auf nochmalige Deliberation aber wurde bejahend entschieden.

nehmen und auch hier gelten lassen wollte, was in l. 4. pr. D. de usur. (22. 1.) ausgesprochen ist: non est verisimile, plus venditorem promisisse, quam judicio emti praestare compelleretur, Glück Thl. XVI. S. 452., Hagemann und Günther Archiv f. d. theoret. und prakt. Rechtsgelehrsamkeit Thl. V. no. 1. §. 4., Leyser Sp. 199. med. 3., Cocceji jus controv. Lib. 18. tit. 4. qu. 17. Indessen kann in concreten Fällen, wo eine weitere Absicht der Contrahenten nach vernünftiger Beurtheilung abgenommen werden kann, allerdings das richterliche Ermessen zu der Annahme bestimmt werden, daß die Verpflichtung auch auf die Exigibilität der Schuld gerichtet sey. Ist das nomen als eine gute und zahlbare Schuld cedirt worden, so bezweifelt dies Glück a. a. O. Anm. 75. nicht. Dasselbe möchte wohl, ungeachtet Mevius Dec. P. IX. dec. 197. daran zweifelt, auch von dem Versprechen, den Cessionar schadlos zu halten, mit Wordenhoff D. cit. §. 6. zu behaupten seyn. So wurde in v. Bülow und Hagemann prakt. Erörter. Bd. VI. S. 149. in einem Fall, wo die cedirte Forderung eine bestimmte Zeitlang unaufkündbar war, die Clausel sub evictione auch von der Güte der Schuld verstanden, weil die Beschaffenheit derselben auf diesen Sinn zu deuten schien.

Zu 2) Die Meinung, daß bei einer an Zahlungsstatt gegebenen Forderung der Cedent auch für die Güte einstehen müsse, s. Wordenhoff Diss. cit. Cap. III. §. 6. pag. 327—29. 357. 375., Müller ad Leyser Obs. 416., wird von Thibaut System §. 483. und v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 76. (§. 49.) geradezu für falsch erklärt. Auch Mühlenbruch a. a. O. S. 625. begreift nicht, warum bei der datio in solutum eine Ausnahme von der Regel stattfinden solle, und Glück Thl. XVI. S. 449. findet besonders in l. 96. §. 2. D. 46. 3. den Beweis, daß es keinen Unterschied mache, ob die Abtretung der Schuld durch einen bloßen Verkauf oder an Zahlungsstatt geschieht. Dem muß man auch gewiß in denjenigen Fällen zustimmen, wo die Hingabe an Zahlungsstatt durch freie Uebereinkunft zu Stande kömmt; allein es gibt ja, worauf Puchta im Rechtslex. Bd. II. S. 654. aufmerksam macht, auch solche Fälle, wo die datio in solutum aus gesetzlichem Zwang invito creditore erfolgt, Nov. 4. c. 3. und da erachtet es Puchta allerdings der Gerechtigkeit angemessen, daß der Abtretende für die Exigibilität einstehen müsse, womit auch Sintenis Civilr. Bd. II. §. 128. S. 810. der 2. Aufl. übereinstimmt. Ein besonderer Fall tritt jedoch ein, wenn der Erbe die Erbschaftsgläubiger durch eine datio in solutum befriedigt. Zu dieser ist er nämlich dann berechtigt, und die Gläubiger sind ver-

bunden, sie anzunehmen, wenn die Erbschaftsstücke keine Käufer finden, jedoch haben die Gläubiger die Wahl unter den mehreren Erbschaftsstücken. Wählt nun der Gläubiger eine in solutum offerirte Forderung, so ist es Folge seiner ohne Vorbehalt getroffenen Wahl, daß er damit zufrieden seyn muß und den Erben nicht weiter in Anspruch nehmen kann, wenn die Schuld inexigibel erfunden wird; Mevii Dec. P. VI. dec. 272.

Zu 3) Nach dem Princip, daß der Cedent nur für die Richtigkeit hafte, kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn die verpfändete Sache eine res aliena war, nicht aber, wenn dem Cessionar das Unterpfand durch den Vorgang anderer Unterpfänder unnütz wurde; Braun Erörter. zu Thibaut §. 180., Mühlenbruch v. d. Cession S. 626. Anm. 194. Wenn Thibaut in der neuesten Ausgabe seines Systems §. 483. seine Meinung geändert zu haben scheint, indem er sagt: „bei der Cession eines Pfandrechts liegt die Richtigkeit desselben darin, daß dasselbe an sich und auch gegen andere Pfandgläubiger durchgesetzt werden kann,“ so möchte dies wohl nur von dem Fall gelten, wenn der Cedent dem cedirten Unterpfand besondere Qualificationen zugeschrieben hat. Noch auffallender ist es, wenn Böhmer Rechtsfälle Bd. II. no. 162. S. 19. und Cocceji Jus controv. Lib. 20. tit. 5. qu. 5. unseren Satz, welchem auch Bender über den Verkehr mit Staatspapieren §. 18. (als Beilageheft zum Bd. VIII. des civilist. Archivs) beistimmt, geradezu umwenden, indem sie sagen: der Cedent habe dafür nicht einzustehen, wenn sich zeigt, daß die verpfändete Sache eine res aliena sey, denn dies gehöre zur bonitas nominis, wohl aber dafür, wenn durch ein besseres Pfandrecht das cedirte unwirksam gemacht wird.

Zu 4) Von dem ersten Fall sagt Thibaut System §. 483., mit Beziehung auf Weber Abh. in Günther und Hagemann's Archiv Bd. VI. no. 1., er könne nicht schlechthin der Evictionspflicht wegen Betrugs subsumirt werden, was aber nur insoweit zuzugeben seyn wird, als nicht dringende Anzeichen eines Betrugs aus den Umständen hervorgehen, s. Glück Thl. XVI. S. 451., Wordenhoff Diss. cit. cap. III. §. 1., Westphal vom Kauf §. 832. Ja nach Mühlenbruch Lehre v. d. Cession S. 628. würde, wenn der debitor cessus schon zur Zeit der Cession nicht solvendo war, die Aufhebung des Geschäfts aus dem Grund des Irrthums gefordert werden können, weil hier dem Gegenstande des Contracts solche Eigenschaften fehlen, welche jeder Contrahent vorauszusetzen berechtigt ist. Soviel läßt sich aber sicher annehmen, daß ein bald nach der Cession bei dem debitor

cessus ausgebrochener Concurs den Cedenten nicht weiter berühren kann, denn durch die Cession geht auch die Gefahr auf den Cessionar über, weshalb es ihm oblag, sich über die Vermögensumstände des ihm cedirten Schuldners genaue Kenntniß zu verschaffen, s. Glück a. a. O. S. 449. u. 451., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 76. (§. 49.) In dem andern Fall, wenn nämlich der Exigibilität temporäre Hindernisse entgegenstehen, ist der Cedent allerdings verpflichtet, dem Cessionar solche Verhältnisse nicht zu verschweigen, wenn er sich von der Verantwortlichkeit frei machen will; Mühlenbruch a. a. O. S. 627., Sintenis a. a. O. §. 128. Anm. 64. War aber der Cedent mit dem temporären Hinderniß unbekannt, so hätte derselbe nach Mühlenbruch a. a. O. nicht zu haften. Für das Gegentheil scheint jedoch die Analogie von Eviction körperlicher Sachen zu sprechen. Hat nämlich die cedirte Forderung einen Mangel, durch welchen der Cessionar um den Genuß des cedirten Rechts eine Zeitlang kommt, so ist wohl der Fall ebenso anzusehen, wie der Verkäufer einer res corporalis dem Käufer haften muß, si ususfructus evincitur l. 15. §. 1. D. 21. 2., Schliemann die Haftung des Cedenten S. 71.

Zu 5) Der Veräußerer von Staatspapieren hat zu gewähren, daß die Papiere zur Zeit der Begebung einen wirklichen Börsenwerth haben, s. Bender a. a. O. §. 58. der 2. Aufl. Zwar erhebt Mühlenbruch a. a. O. S. 627. Anm. 194a. dagegen Zweifel aus dem Grund, weil ihrer Anerkennung auf der Börse wohl auch nur ein zeitiges Hinderniß entgegenstehen könne, allein bei unaufkündbaren Obligationen beruht die Realität doch nur auf der Gangbarkeit und allgemeinen Verkäuflichkeit. [Vergl. Bd. II. §. 102. zu Fr. 12.]

Zu 6) Da der Cedent nur die Exigibilität zur Zeit der Cession, oder wenn die Forderung auf Zeit oder Bedingung beruht, zur Zeit des Fälligwerdens prästirt, so wird der Cedent von seiner Haftung frei, wenn der Cessionar die Forderung nicht zeitig eintreibt, oder den Zahlungstermin ohne Wissen des Cedenten ausdrücklich verlängert; Wordenhoff l. c. Cap. III. §. 4., Weber a. a. O. §. 4. Wenn das Fälligwerden der Schuld von der Interpellation (Aufkündigung) des Gläubigers oder nun des Cessionars abhängt, so haftet der Cedent alsdann nicht, wenn der Cessionar die Diligenz eines bonus paterfamilias nicht angewendet hat, und den Schuldner nicht zu einer Zeit, wo er noch volle Zahlung leisten konnte, interpellirt hat; Gottschalk Disc. for. T. I. pag. 83.

Zu 7) Der Käufer kann sich immer nur an seinen Verkäufer halten, und nicht an Denjenigen, welchem dieser den Kaufpreis cedirt

hat, denn dadurch ist nicht das Obligationsverhältniß selbst auf diesen übergegangen, wie in den vorangeschickten Grundsätzen über Cessibilität bemerkt worden ist. Die aufgestellte Frage findet sich auch verneinend entschieden in dem Archiv merkw. Rechtsfälle und Entscheidungen der Rheinhessischen Gerichte Bd. I. S. 519.

---

§. 225.

e) Beweis der Cession.

1) Kann sich der Cessionar zum Beweis der erlangten Cession auch der Eideszuschiebung an den debitor cessus bedienen?
2) Kann der debitor cessus, welcher die Einrede der bereits geleisteten Zahlung entgegensetzt, zum Beweis derselben dem Cedenten den Eid auch wider Willen des Cessionars zuschieben?
3) Kann der Cedent für den Cessionar als Zeuge in Cessionsangelegenheiten zugelassen werden?
4) Kann der Cessionar auch wider einen Dritten, mithin auch gegen den debitor cessus, sich auf das Handelsbuch des Cedenten berufen, und dessen Vorlegung verlangen?

Zu 1) Glück bejahet diese Frage mit Beziehung auf mehrere im Thl. XVI. S. 443. Anm. 53. angeführte Autoritäten, indem weder die Gesetze, noch deren Analogie die Eidesdelation über die Legitimation zur Sache ausschlössen, wogegen die verneinende Meinung (s. Wernher sel. Obs. for. T. I. P. III. obs. 54., Hommel Rhaps. Vol. I. obs. 12. u. 155., Claproth Einleit. in den ordentl. bürgerl. Proceß Thl. II. §. 321.) sich darauf stützt, daß da über das Recht eines Dritten durch den Eid disponirt würde. Das Mittel der Eidesdelation ist hier in jeder Beziehung ungeeignet. Erböte sich der zur Cession nicht beigezogene Schuldner zum juram. ignorantiae, so wäre der Cessionar beim besten Recht von diesem bedenklichen Eid ganz abhängig gemacht, und schöbe er den Eid dem Cessionar zurück, so wäre der Schuldner dadurch doch nicht gegen Ansprüche des ursprünglichen Gläubigers gedeckt. Zur Legitimation des Cessionars genügt jedoch die Production der Cessions-Urkunde, und wenn eine solche

nicht vorhanden ist, die gerichtliche Vernehmung des Cedenten, ohne daß es eines förmlichen Zeugenbeweises bedürfte; s. Ortloff jurist. Beobachtungen u. Rechtsfälle Bd. I. S. 81. nebst einem dort angeführten Erk. d. O.=A.=G. zu Jena. Vergl. dazu Bähr in v. Gerber's Jahrbb. I. S. 463. 482.

Zu 2) Aus dem Grundsatz, daß der Cessionar, wenngleich procurator in rem suam, doch immerhin Stellvertreter des Cedenten ist, folgt von selbst, daß sich der Cessionar die Eideszuschiebung an den Cedenten gefallen lassen müsse,*) s. Kapff merkw. Civilrechtssprüche S. 186., v. Hartitzsch Entscheid. no. 75., Glück Thl. XII. S. 278., Bayer Vorträge S. 515.

Zu 3) Nicht unzweifelhaft und nicht unbedingt annehmbar scheint es, wenn v. Hartitzsch Entscheid. no. 74.**) den Satz aufstellt, daß der Cedent, wenn er will, gegen den Cessionar zum Zeugniß zuzulassen sey, desto gewisser aber, daß er nicht für denselben zugelassen werden kann, da er mit dem Cessionar juristisch Eine Person ausmacht, und als entschädigungspflichtig Zeuge in eigener Sache seyn würde; l. 10. D. 22. 5. — l. 10. C. 4. 20. — c. 40. X. de testib. et attestat. (2. 20.), Glück Thl. XXII. §. 1177. S. 161., Bähr a. a. O. S. 482.

Zu 4) Die Bejahung dieser Frage folgt gleichfalls aus den allgemeinen Grundsätzen. Es kann sich sowohl der debitor cessus zum Beweis der an den Cedenten bereits geleisteten Zahlung auf dessen Handelsbücher berufen, als auch der Cessionar diese mittels deren Beschwörung durch den Cedenten zum Beweis der Forderung gebrauchen, denn er ist in causa cessa für Eine Person mit dem Cedenten zu halten; v. Bülow Abhandl. Th. II. Abth. 2. S. 313., v. Quistorp rechtl. Bemerk. Th. II. no. 19.

*) Eine andere gewöhnlich übergangene Frage ist es, ob der Cedent schuldig sey, unter allen Umständen sich auf den ihm zugeschobenen Eid einzulassen? Seine Verbindlichkeit hierzu wird aber nur dann behauptet werden können, wenn er durch Adcitation oder Litisdenunciation in eine accessorische Parteirolle versetzt worden ist. Sind nicht auf diese Weise die Verhandlungen, Verfügungen und Erkenntnisse auch für ihn verbindend geworden, so ist er ein Dritter, welchem der Eid nicht zugeschoben werden kann; Biener Syst. proc. jud. comm. et Sax. §. 322.

**) Der von ihm für seine Meinung angeführte Hommel Rhaps. Vol. I. obs. 211. s. v. cedens sagt dies, wenigstens in Ed. 3., keineswegs, sondern vielmehr unbedingt: cedens in causa cessa plane inhabilis, cf. Berger Disc. for. tit. 23. obs. 1. not. 6.

§. 226.

f) Beschränkung der Cession durch das Anastasische Gesetz.*)

1) In welchen Fällen leidet das Anastasische Gesetz keine Anwendung? ist insbesondere, wenn eine Gesammtheit von Forderungen cedirt wird, eine Ausnahme begründet? oder auch
   a) bei Forderungen, welche in einem Concurs befangen sind, oder überhaupt bei ungewissen Forderungen? oder umgekehrt
   b) bei solchen, welche ganz klar und unzweifelhaft sind? oder
   c) wenn eine Forderung öffentlich versteigert wird?
   d) beim Handel mit Staatspapieren?
   e) bei Wechseln und anderen Handelspapieren, insbesondere den s. g. Engagementsbriefen?
2) Wem fällt, wenn Jemand eine Forderung für eine geringere Summe gekauft hat, in Folge des Anastasischen Gesetzes der Mehrbetrag zu?
3) Welchen Einfluß hat die lex Anastasiana auf den Cessionar des Cessionars?
4) Wie ist bezüglich des Anastasischen Gesetzes die Beweislast zu bestimmen?
5) Wenn dem debitor cessus durch dieses Gesetz seine rechtliche Verbindlichkeit bis auf die vom Cessionar wirklich für die Forderung bezahlte Summe erlassen wird, bleibt dann nicht doch eine obligatio naturalis für den Mehrbetrag übrig, welche dem Cedenten zur Retention oder Compensation tauglich wäre?

---

*) Es ist wohl als allgemein anerkannt zu betrachten, daß nicht, wie Einige behauptet haben, z. B. Hommel Rhaps. Vol. IV. obs. 531., Thomasius D. de aequitate cerebrina et exiguo usu practico legis Anastas. Halae 1717., dieses vielfach getadelte Gesetz außer Gebrauch gekommen sey, da die Gerichtspraxis vielmehr die fortwährende Geltung beweist. [Dieses neuerdings in mehreren deutschen Staaten gesetzlich aufgehobene Gesetz ist noch als Stück des gemeinen Rechts für giltig anzusehen; v. Keller Pand. §. 283. Arndts Pand. §. 259. Vergl. auch Kuntze Lehre v. d. Inhaberpap. §. 139. Anm. 2. u. die Ausführungen des Berl. Obertribunals in Striethorst's Archiv N. F. 2. Jahrg. 2. Bd. S. 359 ff.]

Zu 1) Da die Absicht des Gesetzes keine andere ist, als Forderungen von der Reihe der Gegenstände, mit welchen ein eigentlicher Handel zu treiben ist, so viel als möglich auszuschließen, so bilden solche Fälle, welchen kein Handel zum Grund liegt, eine wesentliche Ausnahme, z. B. a) wenn Communions-Interessenten zum Behuf ihrer Auseinandersetzung sich gemeinschaftliche Forderungen cediren; l. 2. §. ult. l. 3. D. 10. 2. — l. 22. C. 4. 35. — b) bei der datio in solutum zur Tilgung einer Schuld;*) c) bei der Ausübung des jus offerendi, l. 12. §. 6. D. 20. 4. — l. 22. C. 8. 14. — d) bei der reinen Schenkung**) und dem Tausch.***) Mit der *datio in solutum* wäre nach Pfeiffer prakt. Ausführungen Th. I. S. 43. und Mühlenbruch v. d. Cession S. 539. Anm. 60a. der Fall nicht zu verwechseln, wenn A. dem B. ein Darlehn gibt, dessen Valuta aber nicht in baarem Geld, sondern durch Cession einer Forderung leistet, denn da wäre mit dem Darlehn doch eigentlich der Verkauf einer Forderung verbunden.

Bei der Cession einer Gesammtheit von Forderungen glaubt Mühlenbruch a. a. O. S. 545. und nach ihm v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. S. 193. (§. 150.) Anm. u. unterscheiden zu müssen, ob ich mehrere aus verschiedenen Gründen und gegen verschiedene Personen mir zustehende Forderungen Jemandem cedire, oder nur mehrere Forderungen an einen bestimmten Schuldner, und nur den letzteren Fall erachtet er dem Anastasischen Gesetz unter-

---

*) Voet Comm. ad Pand. Lib. 18. tit. 4. no. 18. verneint dies ohne hinlänglichen Grund, und hat die gemeine Meinung gegen sich, s. Pfeiffer prakt. Ausf. Bd. I. S. 42., Glück Thl. XVI. §. 1025., Puchta im Rechtslexik. Bd. II. S. 649.

**) Bei der s. g. gemischten Schenkung konnte die lex. Anast. nicht ausgeschlossen werden, denn wenn derjenige, welchem die Exception aus diesem Gesetz entgegengesetzt wird, nur sagen dürfte, er habe die Forderung zum Theil gekauft, zum Theil geschenkt erhalten, so wäre ja die Macht des Anastasischen Gesetzes gänzlich gebrochen; l. 23. C. 4. 35.

***) Z. B. X. erwarb durch Cession vom Z. mehrere bereits rechtskräftig locirte Forderungen gegen die A.'sche Concursmasse im Gesammtbetrag von 1000 Fl. und gab dafür eine Bethmannsche Obligation zu 1000 Fl. Da diese zur Zeit der Cession niedriger im Cours stand, ob sie gleich in der Folge stieg, so wollte nun der Gemeinschuldner nicht mehr als der damalige Courswerth dieser Obligation betragen hatte, bezahlen. Es wurde aber ein bloßer Tausch angenommen, zumal Staatspapiere au porteur wie Waare betrachtet werden; Zu-Rhein und Sartorius Rechtsfälle Bd. I. S. 16., vergl. Mühlenbruch v. d. Cession S. 604. [Vergl. Kuntze Lehre v. d. Inhaberpap. § 103. S. 440.]

worfen, den ersteren nicht. Man vermißt zwar eine rationelle Grundlage dieses Unterschieds, s. Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 604., Puchta in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 650. u. Anm. 40., jedoch ist nicht zu leugnen, daß im ersteren Fall die Anwendung des Anastasischen Gesetzes zum Vortheil eines der cedirten mehreren Schuldner höchst schwierig wird, und wenn es wohl gar unmöglich seyn könnte, auszumitteln, wie viel für eine oder die andere der mehreren zusammen erkauften Forderungen an A., B., C. u. s. w. gegeben worden sey, so möchte dann doch Mühlenbruch darin Recht behalten, daß das Anastasische Gesetz desfalls keine Anwendung finden könne. Der Cessionar kann ja gerade die eine Forderung für voll, die übrigen für gar nichts angeschlagen haben; Seuffert im Archiv f. civil. Prax. Bd. XI. S. 377. ist der Meinung, das Gesetz könne nur dann Anwendung finden, wenn der für sämmtliche cedirte Forderungen bezahlte Kaufpreis nicht einmal den Nominalbetrag der einzelnen Forderung erreicht; der debitor cessus könne also keinen höheren Abzug machen, als denjenigen, welcher durch die Differenz seiner Schuld und des bezahlten Gesammtpreises sich ergibt. Auf eine andere Art meint Sintenis Civilr. Bd. II. §. 128. Anm. 53. die Schwierigkeit zu lösen. Sind z. B. drei Forderungen an A. von 100 Fl., an B. von 200, an C. von 300 für eine Valuta von 150 cedirt, so würde A., zuerst angegriffen, sich mit der exc. gar nicht schützen können, B., hinterher angegriffen, aber allerdings so, daß er nur 50 noch zu zahlen braucht, ebenso C., wenn er anstatt des B. nach A. angegriffen wird. Hat hingegen der Gläubiger von A. bereits 100 und von B. oder C. 50 erhalten, so kann er nun gar nichts weiter fordern. B. oder C., zuerst angegriffen, würden sich mit der exc. schützen können und nur 150 zu zahlen brauchen, und dann der andere von ihnen und A. ganz frei ausgehen. Wenn man bei solchen Experimenten doch immer auf eine sententia claudicans stößt, so wird man wohl meistens auf Mühlenbruch's Ansicht zurückkommen.

Auf den Verkauf einer universitas rerum, z. B. einer Erbschaft (cf. Erk. d. O.-A.-Ger. in München in Seuffert u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. XVI. S. 48. d. Ergänz.-Bl.), oder wenn ein Auswanderer sein Haus und Feld sammt seinen ausstehenden Forderungen in der Umgegend Jemandem für einen Gesammtpreis überläßt, ist die lex Anastas. wohl für unanwendbar zu achten, s. v. d. Nahmer merkw. Entscheid. d. O.-A.-Ger. zu Wiesbaden Bd. II. S. 240., Mackeldey Lehrb. §. 338., Mühlenbruch v. d. Cess. S. 544., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 193. (§. 150.), Arndts

Pand. §. 259. Verkauft der Kaufmann oder Gewerbsmann mit seinem Geschäft, Waarenlager und Vorräthen auch sämmtliche dazu gehörige Ausstände, so spricht hier schon die Begünstigung der Handelsgeschäfte für eine Ausnahme vom Anastasischen Gesetz. — Für ungegründet ist mit Mühlenbruch a.a.O. S. 548. die Behauptung Einiger zu erachten, daß der Cessionar das bezahlte geringere Quantum durch Berechnung des interusurium erhöhen könne, denn er kann ebensowenig den Schuldner aus einer unverzinslichen Forderung mit Zinsen belasten, als er Zinsen von Zinsen nehmen darf.

Zu a) Die Unanwendbarkeit der lex Anastas. auf Forderungen, die im Concurs oder sonst sehr zweifelhaft stehen, wird von vielen Rechtsgelehrten behauptet, s. Wernher sel. obs. for. P. VI. obs. 283., v. Quistorp rechtl. Bemerk. Th. II. S. 122., Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. I. S. 39. u. 47., Mackeldey Lehrb. §. 338., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 18. tit. 4. §. 65., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 1954., Bucher R. d. Forder. §. 23. der 1. Ausg. und die in Glück Thl. XVI. S. 464. Anm. 5. angeführten Autoren. Allein gerade deswegen — entgegnet man — hielt der Kaiser Anastasius, wie im Eingang der l. 22. C. 4. 35. gesagt ist, die Cessionsbeschränkung für nöthig, weil die zweifelhaften Forderungen der gewöhnliche Gegenstand von Speculationen sind, welche auf einen härteren Druck der Schuldner hinauslaufen. Diese vermeintliche Ausnahme wird daher von den meisten Neueren verworfen; Thibaut Syst. §. 535., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. IV. no. 40., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. S. 193. (§. 150.) Anm. u., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 402., Glück Thl. XIV. S. 466., Mühlenbruch a. a. O. S. 548., Unterholzner Schuldverhält. Bd. I. S. 603. Anm. f., v. Rüling Entscheid. d. O.-A.-G. zu Celle no. 3. Nicht unbeachtet darf aber bleiben, worauf Puchta in Weiske's Rechtsl. Bd. II. S. 651. aufmerksam macht, „daß auf die Cession von Forderungen, welche von Anfang an auf eine alea, auf einen ungewissen und gewagten Gegenstand gehen (wohl zu unterscheiden von der Ungewißheit oder Unsicherheit der Forderung selbst), das Anastasische Gesetz keine Anwendung finden könne, weil ein solcher Gegenstand einer sicheren Vergleichung mit dem verabredeten Kaufpreis nicht fähig ist", welche Meinung von Sintenis Civilr. Bd. II. §. 128. Anm. 55. und Arndts Pand. §. 259. adoptirt ist.

Zu b) Die Behauptung einer Ausnahme im umgekehrten Fall einer ganz unzweifelhaften Forderung ist umsoweniger zu billigen, als

sie nur geeignet wäre, das Gesetz zu untergraben; Glück Thl. XVI. S. 464. und die das. in Anm. 5. u. 6. für und wider angeführten Schriftsteller.

Zu c) Verkäufe sub hasta, welche von der obrigkeitlichen Gewalt ausgehen, können allerdings nicht einem rechtlichen Hinderniß unterworfen erachtet werden. Auf sie ist daher das Anastasische Gesetz nicht anwendbar; s. Puchta a. a. O. S. 649., Mühlenbruch a. a. O. S. 544., Unterholzner a. a. O. S. 603.

Zu d) Insgemein wird angenommen, daß die l. Anastas. nicht auf den Verkauf von Staatsschuldscheinen anwendbar sey. Thibaut glaubte in den späteren Ausgaben seines Systems §. 535. (Ed. 8.) den Satz auf die au porteur lautenden Schuldscheine einschränken zu müssen, s. Braun Erörter. S. 104. §. 80., so auch Linde in s. Zeitschr. Bd. III. S. 19., Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. I. §. 3. S. 44. Allein man wird denselben auch von den auf bestimmten Namen lautenden Staatsobligationen dann behaupten müssen, wenn sie unaufkündbar und demnach der successiven Verloosung unterworfen sind, denn da fällt ja der Grund des Gesetzes, eine mißbräuchliche redemtio litium zu entfernen, s. Unterholzner a. a. O. S. 604., gänzlich hinweg. [Vergl. auch Kuntze Lehre v. d. Inhaberpap. §. 139.]

Zu e) Was nach den Staatsgesetzen unserer Zeit Gegenstand des Handels seyn kann, z. B. Wechselhandel, kann offenbar dem Anastasischen Gesetz nicht unterworfen werden. [Vergl. auch Kuntze a. a. O. Anm. 6.] Dasselbe muß ohne Zweifel auch von den sog. Engagementsbriefen gelten, wie vorzüglich Puchta in Weiske's Rechtsl. Bd. II. S. 650. gegen theilweise von Linde in s. Zeitschr. Bd. II. S. 468. u. Bd. III. S. 15. erhobene Zweifel überzeugend ausgeführt hat; denn die Engagementsbriefe oder Lieferungsverträge sind blos eine Erweiterung oder ein Nebenzweig des Handels mit Staatspapieren, deren Credit, sowie die Sachen stehen, zum Theil auf der Möglichkeit des Handels damit beruht, auf welchen schon bei deren Creirung wesentlich Rücksicht genommen ist. Damit stimmen überein: Mühlenbruch v. d. Cess. S. 547., Bender der Verkehr mit Staatspapieren (als Beil. Heft zum civilist. Bd. VIII.) §. 17.

Zu 2) Da derjenige, welcher seine Forderung weggab, keine mehr hat, und der Cessionar nicht mehr fordern darf, als er gegeben hat, so folgt von selbst, daß der Mehrbetrag der ursprünglichen Forderung zum Vortheil des Schuldners erloschen sey. Justinian, indem er dem Anastasischen Gesetz in l. 23. C. 4. 35. noch eine festere Haltung

durch Abschneidung der Ausflucht, daß die Forderung zum Theil geschenkt sey, gab, spricht die Folge, welche der Natur der Sache nach hier keine andere seyn kann, auch wörtlich aus: neque ei, qui cessit actiones, neque ei, qui eas suscipere curavit, aliquam contra debitorem vel res ad eum pertinentes esse utrique eorum actionem. Dies ist nun auch wohl allgemein angenommen; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. no. 52., Walch controv. j. c. pag. 592. (Ed. 3.), Mühlenbruch a. a. O. S. 550., Thibaut Syst. §. 535., Mackeldey Lehrb. §. 338., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 402., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 193. (§. 150.), Danz Handb. d. deutsch. Privatr. Bd. VII. S. 265., Puchta a. a. O. S. 651., Glück Thl. XVI. S. 467. und v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 576. Anm. 1., wo auch die von Einigen und neuerdings von Brackenhöft im civil. Archiv Bd. XXIII. S. 189., sowie von Herrmann ebend. Bd. XXXI. S. 63. zu Gunsten des Cedenten und von Andern zu Gunsten des Fiscus aufgestellte Meinung sich genügend widerlegt findet.

Zu 3) Diese Frage hat zunächst dann ein praktisches Interesse, wenn der zweite Cessionar den vollen Werth der vom ersten Cessionar um einen geringeren Preis erworbenen Forderung gegeben, oder wenigstens mehr als der erste Cessionar dafür bezahlt hat.*) Kann dann der debitor cessus dem zweiten gleichwohl so viel abrechnen, als der erste unter dem Nominalwerth gegeben hat? Mühlenbruch hält dafür: die Einreden aus der Person des ersten Cessionars könne der debitor cessus gegen den zweiten Cessionar nur dann gebrauchen, wenn er vor der zweiten Cession bereits durch Certioration in ein bestimmtes Rechtsverhältniß zum ersten Cessionar gestellt worden ist, denn außerdem sey das Verhältniß des ersten Cessionars in Beziehung auf die abgetretene Forderung ein rein vorübergehendes gewesen. — Puchta a. a. O. S. 663. und i. d. Pand. §. 285. erkennt weder die Richtigkeit dieser Behauptung, noch ihre Relevanz an. Seine Lehre geht dahin: „die l. Anastas. schadet, soweit das Recht des ersten Cessionars dadurch beschränkt war, dem zweiten, wenngleich dieser mehr als der erste für die Forderung gegeben hätte, was ihm nur

*) Der Fall, daß der zweite Cessionar noch weniger als der erste für die Forderung gegeben hat, kann nämlich nicht zweifelhaft seyn, denn hier wird ihm die exc. leg. Anast. aus seiner eigenen Person entgegengesetzt. Zweifelhaft kann die Sache nur dann werden, wenn der Schuldner die Einrede aus der Person des ersten Cessionars erhebt.

unter Umständen den Regreß gegen diesen verschaffen kann." Damit stimmt Sintenis Civilr. Bd. II. §. 128. Anm. 100. überein. — Arnold prakt. Erörter. Hft. I. S. 153. hängt nicht nur der Mühlenbruch'schen Meinung an, sondern geht darin noch bedeutend weiter, indem er dem debitor cessus eine Einrede aus der Person des ersten Cessionars durchaus abspricht, und dessen Verhältniß selbst dann, wenn er den Schuldner von der Cession in Kenntniß gesetzt hat, als ein rein vorübergehendes ansieht; a. a. O. S. 159. Er stützt seine Ansicht auf folgende Sätze:

a) Der Cessionar klage nicht aus eigenem Recht, sondern nur aus der Person der Cedenten.

b) Mit dem Act der Cession verfalle zwar der Cessionar der Möglichkeit, daß der debitor cessus ihm die lex Anastasiana entgegensetze, aber nur insofern, als er die Forderung wirklich gegen ihn verfolgt, der Act der Cession allein gebe dem Schuldner noch nicht das Recht, sich auf die lex Anastasiana zu berufen.

c) Selbst die Benachrichtigung des Schuldners von der Cession mache den ersten Cessionar noch nicht zum Gläubiger des Schuldners, vielmehr bleibe der ursprüngliche Cedent immer noch der Gläubiger. Der neue Cessionar könne weder aus eigenem Rechte, noch aus dem Rechte des vorigen Cessionars, sondern nur aus dem Rechte des ursprünglichen Gläubigers klagen, mithin können ihm nur Einreden aus seiner Person und aus der Person des ursprünglichen Cedenten, aber nicht aus der Person des vorigen Cessionars entgegengesetzt werden.

Dagegen ist aber einzuwenden:

Zu a) Der Satz ist zwar unbezweifelt richtig, aber er berechtigt durchaus nicht zu einer solchen Folgerung, durch welche das Anastasische Gesetz völlig außer Wirksamkeit gesetzt würde. — Zu b) Vermöge des Anastasischen Gesetzes kann nun einmal der Cessionar durch die Cession nicht mehr für sich erlangen, als er dem ursprünglichen Gläubiger gezahlt hat; weiter geht seine Klage gegen den debitor cessus nicht. — Daß die Exception der Klage nicht voranlaufen kann, mag man wohl zugestehen; wenn aber einmal das die Exception begründende Faktum vorhanden ist, so ist es ganz gleichgiltig, wann es dem Cessionar einfällt, die Klage anzustellen, und ob er sie selbst anstellt, oder einem weiteren Cessionar mandirt, denn mehr Recht, als er selbst hat, kann er ja nicht auf einen Andern übertragen. —

Zu c) Allerdings ist der erste Cedent, der Cession ungeachtet, als der eigentliche Gläubiger anzusehen, aus dessen Recht agirt wird, aber nur so weit noch, als er es nicht aus Anlaß der Cession aufgegeben hat; aufgeben kann er es aber vermöge des Anastasischen Gesetzes nur zum Vortheil des Schuldners, aber nicht zum Besten seines Cessionars. Aus Arnold's eigenen Prämissen folgt daher, daß kein nachfolgender Stellvertreter mehr etwas fordern kann, was der ursprüngliche Gläubiger durch Annahme einer geringeren Summe verzichtet hat. Gegen Arnold's Meinung sprechen auch zwei Erkenntnisse des O.-A.-G. in München, s. Bl. f. Rechtsanw. Bd. XVI. S. 34. Bd. XVII. S. 351., mit der Bemerkung, daß selbst dann, wenn Jemand eine um 2000 Fl. erkaufte Forderung für den geringeren Preis von 1500 Fl. an einen Andern abgetreten, in der Folge aber sich solche um den nämlichen Preis hat zurück cediren lassen, der erste Cessionar, wenn er nunmehr Klage erhebt, von dem Schuldner, sofern dieser anders von der weiteren Cession und Rückcession Kenntniß besitzt, nur noch 1500 Fl. verlangen könne, weil durch die weitere Cession der Mehrbetrag von 500 Fl. zu Gunsten des Schuldners ipso facto erloschen sey.

Zu 4) Unwidersprechlich ist zwar der Satz: wer sich auf eine Schuldabtretung gründet, muß den Abtretungsvertrag, und wenigstens in solchen Fällen, welche dem Anastasischen Gesetz unterworfen sind, auch den rechtlichen Anlaß (justa causa) beweisen; Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 608., Bucher d. R. d. Forder. §. 24., Dü Prel Samml. Bayer. Rechtsf. Bd. II. S. 51 rc. u. 86. Da nun nach den Gesetzen nicht jede causa cessionis unbeschränkten Eintritt in das Forderungsrecht, sondern namentlich der Kauf nur einen auf die wirklich bezahlte Valuta beschränkten Eintritt gewährt, so folgt nothwendig, daß der klagende Cessionar das Vorhandenseyn der gesetzlichen Bedingung, mithin, wenn die Uebertragung kaufweise geschah, die Thatsache beweisen müsse, wie viel er für die Forderung bezahlt habe. Zwar hat die Meinung, daß vielmehr der debitor cessus mit bestimmten Behauptungen solcher Thatumstände, welche vermöge des Anastasischen Gesetzes das Recht aus der Cession beschränken, hervortreten und diese beweisen müsse, besonders nachdem die Doctrin so vielfach bemüht war, das von ihr angefeindete Anastasische Gesetz durch allerlei Ausnahmen so zu untergraben, daß sich die Regel fast zu verlieren schien, manchen achtbaren Vertheidiger gefunden, Weber v. d. Beweisführ. S. 277., Bethmann-Hollweg Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses S. 357., v. Quistorp

rechtl. Bemerk. Th. II. S. 252., Zu-Rhein Beitr. zur Gesetzgeb. u. prakt. Jurisprudenz Bd. III. S. 146., Brackenhöft civilist. Archiv Bd. XXIII. S. 189. (obwohl dieser mehr aus dem Standpunkte seiner singulären Ansichten über die lex Anastas.), Knappe Versuch einer Entwickelung des Begriffs der Exceptionen §. 43., endlich Burchardi civilist. Archiv Bd. XVIII. S. 197., dessen scharfsinnig ausgeführte Gründe jedoch gewiß als vollständig widerlegt betrachtet werden können durch v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 576. Anm. 2. Die herrschende Lehre hat sich indessen unter den älteren und neueren Rechtsgelehrten immer für den von uns aufgestellten Satz entschieden; s. Struben rechtl. Bed. Th. IV. no. 190., Stryck Us. mod. Lib. 18. tit. 4. §. 11., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 18. tit. 4. §. 12., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 1955., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. IV. no. 40., Spangenberg Tr. num leg. Anastas. quam vulgo nuncupant, sit vera exceptio an potius ad negativam litis contestationem referenda. Jen. 1805., Borst über die Beweislast §. 47., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VII. S. 196., Puchta in Weiske's Rechtsl. Bd. II. S. 651., Glück Thl. XVI. S. 471. und die Lehrbücher von Schweppe Bd. III. §. 402., Puchta §. 285., v. Wening-Ingenheim Bd. II. S. 194. (§. 150.), Mackeldey §. 338., Seuffert Pand. §. 303., Thibaut §. 535.

Es bleibt aber dabei noch eine von den wenigsten Rechtslehrern berührte, dagegen in der Praxis beständig vorkommende Frage übrig: ob das in den Cessions-Urkunden gewöhnlich enthaltene Bekenntniß des Cedenten, die Valuta baar und vollständig empfangen zu haben, zum Beweis für den Cessionar genüge? Thibaut System §. 535. und Schweppe a. a. O. §. 402. verneinen dies geradezu. Ihr Grund ist nicht ausdrücklich angegeben, aber wohl in der Vermuthung einer Collusion zu suchen, weswegen auch allgemein anerkanntermaßen der Cedent für den Cessionar in Cessionssachen kein zulässiger Zeuge ist. Es scheint sogar, daß überhaupt diejenigen Rechtslehrer, welche dem Cessionar den Beweis aufladen, dabei stillschweigend voraussetzen, daß man durch des Cedenten Erklärung in der Cessions-Urkunde das Bedürfniß des Beweises nicht als erledigt betrachten könne. Die richtigere Meinung ist aber doch wohl die: „da Illegalitäten nicht zu vermuthen sind, so genügt es, wenn der Cessionar seinen Beweis auf ein der Form nach giltiges Geschäft gründet, aus welchem sich ergeben muß, nicht nur, daß eine Cession geschehen sey, sondern auch, daß der Cessionar den vollen Werth der Forderung bezahlt habe";

s. Mühlenbruch a. a. O. S. 605.,*) Unterholzner a. a. O. §. 280. S. 608., v. Vangerow a. a. O. Bd. III. §. 576. Anm. 1., Gensler civilist. Archiv Bd. II. S. 5., Sintenis Obl.-R. §. 128. Anm. 57. — Wenn zwei Personen über einen ihrer freien Disposition unterworfenen Vermögensgegenstand urkundlich verfügen, so muß diese Handlung, sie mag vor Zeugen oder schriftlich gepflogen seyn, gewiß auch vor jedermänniglich — wie man sich auszudrücken pflegt — beweisen. Quum de re inter alios acta lis sit, etiam instrumenta inter alios confecta admitti oportet; Leyser Spec. 275. med. 4. Es läßt sich nicht wohl denken, warum es weniger gelten soll, wenn der Cedent in einer Privaturkunde erklärt, mit einer bestimmten Summe befriedigt worden zu seyn, als wenn er es vor Gericht bekennt, und kein Gesetz fordert, daß die Auszahlung der Valuta vor Zeugen geschehen müsse, was übrigens doch nicht die Möglichkeit einer blos simulativen Handlung ausschließen würde. Die Gesetze sind dieser Ansicht nicht entgegen; l. 22. C. 4. 35. beschränkt zwar den Cessionar in seiner Forderung an den debitor cessus nur auf so viel, als er dafür bezahlt hat, wenn er gleich titulum emti darlegen kann (licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit); daraus folgt aber nichts weiter, als daß der Titel des Kaufs im Allgemeinen, ohne Angabe der Kaufsumme, nicht genüge, vielmehr läßt sich e contrario annehmen, daß, wenn die Kaufsumme speciell genannt ist, die vorhergehenden Worte zur Anwendung kommen, ut — usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem — ejus actiones exercere permittatur. Eine Collusion kann nicht vermuthet werden, daher, wenn die Cessions-Urkunde nicht nur den Forderungskauf, sondern auch die Kaufsumme enunciirt, dem beklagten debitor cessus nichts Anderes übrig bleibt, als die Unrichtigkeit dieser Angabe, und wie viel weniger bezahlt worden, durch Zeugen oder Eideszuschiebung zu beweisen. So ist auch wohl l. 23. §. 2. C. 4. 35. von einem simulirten Schenkungsgeschäft zu verstehen, gegen welches dann der Beklagte die Unrichtigkeit, oder quod datum esse, beweisen mußte. Ein ähnlicher Fall findet sich in l. 5. §. 1. D. 22. 3., si quis negat, eman-

*) Thibaut kritisirt in Braun's Dictaten §. 80. Mühlenbruch's Meinung, als ginge sie dahin: der Beweis sey geführt, wenn der Cessionar darthue, daß er dem cedens so viel geboten habe, als er jetzt vom debitor cessus fordere, und als habe Mühlenbruch übersehen, daß die Gesetze ein wirkliches dedisse verlangen. Dieser Tadel scheint aber Mühlenbruch's Lehre — wenigstens in der Redaction der 3. Auflage — nicht treffen zu können, weshalb wir sie oben wörtlich angeführt haben.

cipationem recte factam, probationem ipsum praestare debet; s. Gensler a. a. O. Mit diesen Grundsätzen stimmt überein ein Plenarbeschluß des O.=A.=G. in München; s. Emminghaus Corp. jur. Germ. S. 945. der 2. Aufl. u. ein Erk. des O.=A.=G. in Wolfenbüttel, s. jur. Magazin von Scholz &c. Bd. II. S. 130.

Zu 5) Die bejahende Meinung, welche Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 94. S. 403. u. v. d. Pfordten de oblig. civ. in naturalem transitu bezüglich l. 19. pr. D. 12. 6. vertheidigen, ist wohl nach den übereinstimmenden Bemerkungen von Glück Thl. XVI. S. 470., Mühlenbruch v. d. Cess. S. 550., v. Vangerow a. a. O. §. 574. S. 121. d. 6. Aufl., Bucher R. d. Forder. §. 23. Anm. k. zu sehr der l. 23. §. 1. C. 4. 35. entgegen, da hier der Kaiser nicht blos die Klage, sondern auch schlechterdings allen und jeden Gewinn abspricht, welcher ja nach der andern Meinung doch entweder dem Cedenten oder dem Cessionar zufiele, gegen die ausdrücklichen Worte des Gesetzes: Omne, quod superfluum est, inutile esse ex utraque parte censemus, neque ei, qui cessit actiones, neque ei, qui eas suscipere curavit, aliquid lucri vel fieri vel remanere.*)

Kapitel IV.

Von den Wirkungen der obligatio.

§. 227.

1. Verbindlichkeit zur Zahlung oder Leistung mit Rücksicht auf Bedingung, Zeit und Ort.**)

Dig. XLVI. 3. Cod. VIII. 43. de solutionibus et liberationibus.

1) Wem kann giltig Zahlung geleistet werden, insbesondere in welchen Fällen kann die Zahlung in vim liberationis auch

*) Auch die Frage: ob eine natürliche Verbindlichkeit zurückbleibe, wenn das Verbot der Cession an einen Mächtigeren verletzt worden ist, wo Mühlenbruch a. a. O. S. 393. sich noch für die Remanenz einer natürlichen Verbindlichkeit erklärt, entscheidet v. Vangerow a. a. O. gleichfalls verneinend.

**) Vergl. Bd. I. §. 39. 42. von Bedingungen und Zeitbestimmungen.

einem Andern als dem Gläubiger geleistet werden? — insbesondere

2) wann wird der Schuldner durch die an den Gläubiger seines Gläubigers geleistete Zahlung liberirt?

3) Kann an einen bloßen Ueberbringer oder Lieferanten giltig gezahlt werden?

4) Wird der Schuldner durch die dem Gläubiger zwar vor eröffnetem Concurs und gerichtlichem Verbot, aber während der Protestation, welche ein Gläubiger desselben erhoben hat, geleistete Zahlung liberirt?

5) Wenn mehrere Gläubiger eine Leistung ungetheilt zu fordern haben, kann da der Schuldner diesem oder jenem nach Befinden Zahlung leisten?

6) Kann eine wegen eines rechtlichen Mangels ungiltige Schuldabtragung hinterher Giltigkeit erlangen, wenn jener Mangel gehoben wird, oder seine Bedeutung verliert?

7) Unter welchen Umständen kann auch eine noch nicht fällige Forderung eingeklagt werden?

8) Was ist Rechtens in Ansehung der Zeit und des Orts der Solution vertragsmäßiger Verbindlichkeiten? insbesondere wenn der Schuldner „nach Gelegenheit" zu zahlen sich obligirt hat?

9) Wenn der Schuldner eine Zahlung macht, welche nicht zur Tilgung sämmtlicher gegen seinen Gläubiger ihm obliegenden Verbindlichkeiten hinreicht, z. B. nicht zu Capital und Zinsen, oder nicht zur Tilgung der verschiedenen Schulden, — auf welche Schuldpost ist dann die Zahlung in Abzug zu bringen, und wem steht die Wahl der einen oder andern Post zu?

10) Ist der mit einem versiegelten Geldpacket Zahlende, wenn dieses uneröffnet durch mehrere Hände geht, verbunden, einem Dritten den richtigen Betrag der darauf angezeigten Geldsumme zu gewähren?

11) In welchen Fällen findet eine Ausnahme von der Vorschrift statt, daß selbst eine über die geleistete Zahlung ausgestellte Urkunde oder Quittung nicht beweist, wenn nicht seit ihrer Ausstellung 30 Tage abgelaufen sind?

12) Was wird überhaupt zum Beweis der Zahlung erfordert?

13) Inwieweit kann der Beweis entweder der Zahlung oder der Erlassung der Schuld durch Vermuthungen geführt werden?

14) Befreit eine Generalquittung schlechthin von allen Forderungen?

15) Ist die l. 3. C. de apochis publicis (10. 22.) auch dann anwendbar, wenn Jemand an Privatpersonen terminliche Gefälle, Renten oder Zinsen zu zahlen hat?

16) Kann die von einem Dispositionsunfähigen geleistete Zahlung allemal zurückgefordert werden?

17) Wenn die Qualität der schuldigen Leistung zweifelhaft ist, wonach ist dieselbe zu bestimmen?

18) desgleichen, wenn die Qualität des Versprochenen, z. B. die Mäßerei, unbestimmt geblieben ist?

19) Auf was kann bei obligationes in faciendo oder auch in omittendo gegen den ungehorsamen oder sich weigernden Beklagten eingeschritten werden?

20) Wem liegt der Beweis ob, wenn auf Erfüllung des Vertrags geklagt ist, und der Beklagte den Vertrag geschlossen zu haben gesteht, dabei aber behauptet, sich nur unter einer Bedingung verbindlich gemacht zu haben, welche nicht in Erfüllung gegangen ist?

21) Inwiefern ist auch der suspensiven Vertragsbedingung, wenn sie entweder casualis oder mixta ist, eine Zurückwirkung zuzugestehen?

22) Wann ist der Promissar aus dem Versprechen eines Werks zu klagen berechtigt, dessen Perfection nur in einem angemessenen Zeitraume möglich ist?

Zu 1) Hier kommt vorzüglich in Betracht:

a) der solutionis causa adjectus, d. i. eine im Vertrage benannte dritte Person, welche zwar ganz außer dem ursprünglichen Obligations-Nexus steht, an die aber nach dem ausdrücklichen Willen des Gläubigers wirksam Zahlung geleistet werden kann, und die nach Empfang der Zahlung als Mandatar des Gläubigers behandelt wird. Der Schuldner hat hier durch den Vertrag ein Wahlrecht, wie bei allen alternativen Obligationen, ob er lieber dem stipulator oder dem adjectus leisten will, erlangt, welches ihm jener nicht mehr durch ein Verbot entziehen kann;*) §. 4. J. 3. 20. — l. 16. pr. D. 46. 1. —

*) Kommt es zur Litiscontestation, so tritt natürlich in deren Folge ein anderer Grundsatz ein; l. 57. §. 1. D. 46. 3., Unterholzner Schuldverh.

l. 12. §. 3. l. 59. l. 106. D. 46. 3.; wogegen, wenn der stipulator ihm später die Zahlung an einen Dritten zu leisten gestattet hätte, derselbe ein solches bloßes Mandat noch widerrufen und dadurch die Leistung an einen Dritten verhindern kann, l. 106. cit.; s. vorzüglich Brandis im Rhein. Mus. Bd. V. S. 257., Donell. Comm. Lib. XVI. cap. 10. §. 31—38., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 582. Anm. 2.

b) der Minderjährige: wenn er ein solutioni adjectus ist, dann kann an ihn, und sogar ohne Beitritt des Vormunds, giltig gezahlt werden, l. 11. D. 46. 3.;*) denn die adjectio gilt schlechthin nur für die Person des adjectus, so daß der Zahlende, selbst wenn er an dessen Vormund zahlt, nicht liberirt wird, wofern nicht die Version in das Vermögen des Curanden nachgewiesen werden kann; l. 95. §. 7. D. 46. 3., Brandis a. a. O. S. 303. Außerdem gilt die Zahlung an den Minderjährigen auch dann, wenn er vom Gericht, wenn auch fälschlich, für volljährig erklärt war; l. 32. D. 4. 4. —

c) der Vormund: einem protutor kann nicht Zahlung giltig geleistet werden, l. 28. D. 46. 3.,**) und h. z. T. selbst dem wirklichen Vormund nicht ohne obrigkeitliche Concurrenz (ausgenommen, wenn es blos laufende Zinsen und Renten sind, §. 2. J. 2. 8. — l. 25. l. 27. C. 5. 37.); doch kann die Liberation des Zahlenden auch durch nachgewiesene Verwendung in das Vermögen des Curanden bewirkt werden, und der Curand, welcher auf nochmalige Leistung der an ihn ohne vormundschaftliche Zustimmung geleisteten Zahlung klagen würde, müßte auch dann, wenn er noch zur Zeit der Klagstellung sich

---

Bd. I. S. 468. Das Verhältniß des adjectus hört übrigens nicht allein mit seinem Tode, sondern auch durch eine solche Veränderung seines Rechtszustandes auf, durch welche der Gläubiger gefährdet wäre; l. 38. pr. D. 46. 3., s. Brandis supra cit. Bd. V. S. 311., Donell. Comm. Lib. 16. c. 10. §. 36. Ueber die Vereinigung der anscheinend widersprechenden l. 95. §. 6. de solut. s. Puchta Pand. §. 287.

*) v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 151. Anm. h. betrachtet dies zwar als streitig, die angeführte Gesetzstelle läßt aber wohl keinem gegründeten Zweifel Raum; s. Brandis a. a. O. S. 276.

**) Eine Ausnahme wird vermöge l. 88. D. 46. 3. in dem Fall angenommen, wenn die Schuld, welche an den protutor bezahlt worden, aus seiner eigenen Geschäftsführung herrührte, und der Schuldner bei der Zahlung nicht wußte, daß derjenige mit welchem er verkehrte, nicht wirklicher Vormund sey; s. Unterholzner a. a. O. S. 466., Glück Thl. XXXII. S. 324.

wirklich bereichert fände, insoweit zurückgewiesen werden; l. 4. D. 44. 1. — l. 47. pr. D. 46. 3., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 150. (§. 109.), Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 470. Anm. e. Wenn dem Pflegebefohlenen mehrere Vormünder bestellt sind, so kann in Fällen, wo überhaupt die Zahlung ohne obrigkeitliche Concurrenz giltig vor sich gehen kann, auch wohl Einem derselben die Zahlung giltig geleistet werden, so lange kein Widerspruch von Seite des andern Vormunds erfolgt ist, l. 7. §. 3. D. 27. 10., und vorausgesetzt, daß ihnen die Vormundschaft ungetheilt übertragen ist; l. 7. §. 3. D. 27. 10. — cf. l. 3. pr. D. 26. 7., Glück Thl. XXXIII. S. 233. Nach Unterholzner's Meinung a. a. O. Bd. I. S. 465. soll auch an den bloßen Ehrenvormund giltig gezahlt werden können.

d) dem procurator omnium bonorum kann giltig Zahlung geleistet werden, l. 87. D. 46. 3., nicht aber einem procurator litis; l. 34. §. 4. l. 86. D. 46. 3.

e) einem negotiorum gestor kann die Zahlung nur insofern mit rechtlicher Wirksamkeit geleistet werden, als sie wirklich in den Nutzen des Geschäftsherrn verwendet worden ist, oder dieser die Genehmigung ertheilt hat; l. 34. §. 4. l. 58. pr. D. 46. 3. — l. 15. l. 61. D. ib., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 151. (§. 109.) Unbedenklich kann ich aber dem, welcher mit mir die Geschäfte gepflogen hat, Zahlung leisten, wenn ich nicht wußte, daß er sie mit fremdem Vermögen treibe.

f) Ein unumstößlicher Machtspruch des Regenten oder unabwendbarer Zwang durch den eingedrungenen Feind hebt nach der Meinung Mehrerer die Verbindlichkeit des Schuldners auf; s. Weidner von der Zahlung u. Angabe an Zahlungsstatt §. 20., Thibaut Syst. §. 648., Pfeiffer Recht der Kriegseroberung §. 18 ꝛc. Derselbe über die Frage: „inwiefern sind Regierungshandlungen eines Zwischenherrschers für den rechtmäßigen Regenten nach dessen Rückkehr verbindlich?" und zu theilweiser Widerlegung der letzteren Ao. 1819. erschienenen Abhandl., Richter Aufsätze über verschiedene Rechtsfragen S. 90. — Hat der Schuldner einem Andern als seinem wahren Gläubiger gezahlt, so wird er, selbst wenn es zufolge richterlichen Erkenntnisses geschah, gegen den wahren Gläubiger nicht befreit, weil diesem, ohne adcitirt worden zu seyn, ein ungerechtes Erkenntniß nicht schaden kann; Struben

rechtl. Bed. Bd. IV. no. 180., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 103. Anm. 50., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 377.*)

g) Befreiung tritt zwar gewöhnlich ein, wenn der Schuldner nach gerichtlicher Anweisung zahlt, doch nicht unbedingt, wenn gegen eine ungesetzliche Weisung die Remonstration unterlassen wurde; l. 7. §. 2. D. 4. 4., Elvers u. Bender allgem. jurist. Zeitg. Bd. I. S. 147., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 470. Anm. c.

Zu 2) Ungeachtet die Meinungen der Rechtsgelehrten über die Frage, ob die an einen Andern, als den Gläubiger, oder an den, an welchen nach allgemeinen rechtlichen Vorschriften Zahlung geleistet werden darf, geleistete Zahlung wirksam werden könne, mehrfach divergiren (s. Müller im civilist. Archiv Bd. XV. S. 263., Puchta Pand. §. 288., Thibaut System §. 648., Leyser Sp. 528. med. 3.), läßt sich doch mit Zuverlässigkeit behaupten: a) dem Schuldner steht exc. doli zu, wenn jene Person, an welche er zahlte, später wirklich an die Stelle des Gläubigers getreten ist, und doch noch die Forderung geltend machen wollte, und ebenso umgekehrt, wenn der Gläubiger Rechtsnachfolger jener Person geworden ist; ferner, wenn der Gegenstand der Leistung unmittelbar und ohne Entgelt an den Gläubiger gelangt oder mittelbar ihm zu Gute gekommen ist, so auch, wenn durch die nicht an den Curator des Minderjährigen geleistete Zahlung der Minderjährige gleichwohl dauernd bereichert ist; b) die exc. compensationis steht dem Schuldner alsdann zu, wenn er eine Schuld seines Gläubigers unter Umständen zahlte, welche ihn zur actio neg. gest. gegen diesen berechtigt hätten, denn diese kann er nun ebensowohl auf dem Weg der Compensation durchsetzen; vergl. l. 11. §. 5. D. 13. 7. — l. 28. l. 34. §. 9. l. 61. D. 46. 3., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 469. §. 219., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 103. Anm. 75., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 582.

Eine besondere nicht zu einer allgemeinen Regel geeignet schei-

*) Aus Anlaß der Westphälischen Staatsgläubiger wurde diese Frage zum Gegenstande mehrerer Abhandlungen; s. Behr staatswissenschaftliche Erörter. der Frage: inwiefern ist der Regent an die Handlungen seines Regierungs-Vorfahrers gebunden? Bamb. 1818., Sickel Beitr. zur Lehre von der Gewährleistung über die Rechtsbeständigkeit der Handlungen eines Zwischenherrschers. Gießen 1826., Schweickart, Napoleon und die Churhessischen Staatsschulden. Königsb. 1833.

nende Entscheidung enthält l. 11. §. 5. D. 13. 7.*) dahin, daß der Aftermiethsmann liberirt werde, wenn er statt dem Aftervermiether dem Hausherrn den Miethzins bezahlt hat.

Zu 3) Diese Frage kann wohl nur dann bejaht werden, wenn entweder eine allgemeine Vermuthung für die Empfangsberechtigung des Ueberbringers**) vorliegt, wie denn z. B. derjenige, welchem Sachen zum Verkauf übergeben sind, auch den Kaufpreis dafür einzuziehen ermächtigt ist, oder wenn der Geschäftsherr gewöhnlich oder wenigstens häufig durch den Ueberbringer oder Boten die Gelder hat eincassiren lassen; Lauterbach D. de nuntio Cap. IX. §. 55., Mevii Dec. P. III. dec. 361. P. V. dec. 174., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 151. (§. 109.). Ein einzelner Fall kann aber hier nicht in Betracht kommen und von kleineren Summen auch nicht auf größere rücksichtlich der Ermächtigung geschlossen werden; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 268.

Bei der Zahlung durch Boten dürfen aber auch die gewöhnlichen Sicherheitsmaßregeln nicht unterlassen werden, wie ein in Hufnagel's Mittheilungen no. 98. erzählter Fall lehrt. D. in M. hatte durch den Boten H. Waaren in T. einkaufen lassen, welche ihm der dortige Kaufmann S. verabfolgte und mit einer auf den D. verlautenden Rechnung begleitete, verb.: „welchen Betrag (111 Fl. 35 Xr.) Sie mir pr. Postwagen oder mittelst des Boten übermachen werden." D. behändigte hierauf dem Boten H. das Geld, aber offen, zur Ueberlieferung an S. Da nun der Bote H. das Geld unterschlagen hatte, wie sich nach längerer Zeit erst ergab, verklagte S. den D. auf Zahlung, und dieser wurde auch dazu verurtheilt, weil es 1) nicht in der Ordre des S. lag, dem Boten auszuzahlen, sondern die bei Uebersendung durch Posten oder Landboten gewöhnliche Art der Versiegelung und Adressirung, mithin diejenige Sicherheit beabsichtigt war, welche dem Eigenthümer aus diesen öffentlichen Anstalten erwächst; überdem 2) D. den Regreß an den Boten dadurch erschwert hatte, daß er, anstatt ihm die quittirte Rechnung abzufordern, einige Monate lang den S. ohne Kenntniß der dem Boten mitgegebenen Zahlung gelassen hatte.

*) Zur Erläuterung dieser Stelle s. Mühlenbruch Lehre v. d. Cession (Ed. 3.) S. 320. not. 167., Bynkershoek Obs. jur. Rom. VI. c. 25. no. 6. und die deutsche Uebersetzung des corp. jur. Bd. II. S. 122. nota 44.

**) [Eine solche Rechtsvermuthung stellt das A. D. Handelsgesetzb. in Art. 296. in Betreff des Quittungsüberbringers auf.]

Zu 4) Analog der Entscheidung in l. 11. §. 1. C. 4. 34. u. Nov. 88. cap. 1. darf auch hier angenommen werden, daß nur das gerichtliche Verbot eine giltige Zahlung verhindern könne; Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 377. S. 24.

Zu 5) Schon aus dem, was oben von Correalobligationen gesagt ist, folgt, daß die Zahlung an Einen oder den Andern, oder auch theilweise an Einen und den Andern mit vollem Effect der Liberation geleistet werden könne, §. 1. J. 3. 16. — l. 31. §. 1. D. 46. 2. — l. 34. §. 1. D. 46. 3. Wenn jedoch einer von den Correalgläubigern die Klage bereits angebracht hat, so kann der Schuldner durch Leistung an den andern sich nicht mehr befreien; l. 9. D. 45. 1. — l. 16. D. 45. 2. — l. 57. §. 1. D. 46. 3.; Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 465.

Zu 6) Wenn die fehlerhafte Zahlung zufolge eingetretener Umstände ganz dieselbe Wirkung hatte, als wenn sie richtig geleistet worden wäre, so tritt auch Liberation ein, l. 14. §. 8. l. 17. l. 61. D. 46. 3. — l. 9. §. 2. D. 26. 8., z. B. wenn der rechte Gläubiger Erbe desjenigen geworden ist, an welchen ich irrig zahlte, l. 96. §. ult. D. 46. 3. — oder wenn die fremde Sache, welche ich statt einer eigenen gab, durch Ersitzung in das Eigenthum des Empfängers überging; l. 60. D. 46. 3.

Zu 7) Wenn ein Contrahent seinerseits die Absicht, vom Vertrag zurückzutreten, unzweideutig zu erkennen gegeben hat, so ist die sofortige Einklagung der ganzen Gegenleistung, auch so weit sie erst künftig fällig wird, gegen ihn gerechtfertigt; arg. l. 24. §. 2. l. 55. §. 2. D. 19. 2., Seuffert und Glück's Bl. f. R.-A. Bd. IV. S. 80. Bd. VIII. S. 331., v. Hellfeld civilrechtl. Entscheid. S. 34., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. §. 169. S. 352. Das römische Recht kennt auch eine praejudicialis actio, um den Betrag der Mitgift auszumitteln, was in Beziehung auf das später eintretende Zurückforderungsrecht sehr wichtig seyn kann; Gaj. IV. 44. Anderer Meinung, jedoch ohne weitere Ausführung, ist Sintenis Civilr. Bd. II. §. 91. Anm. 11. über diese Stelle des Gajus.

Zu 8) Wenn der Vertrag

a) keine Zeitbestimmung enthält, so gilt bekanntlich der Satz: dies statim cedit et venit, l. 213. pr. D. 50. 16. — l. 14. D. 50. 17.*) Doch hat der Richter nach l. 105. D. 46. 3. cum aliquo temperamento temporis vorzuschreiten. Man muß

*) [Vergl. A. D. Handelsgesetzb. in Art. 326.]

also dem richterlichen Ermessen unterstellen, in welcher Zeit die Vollziehung der versprochenen Leistung füglich geschehen könne, l. 14. D. 45. 1. und wie weit das Interesse des Berechtigten erheblich afficirt ist, l. 21. D. 5. 1. neque enim magnum damnum est in mora modici temporis. Voet Comm. ad Pand. Lib. XII. tit. 1. §. 19., Glück Thl. IV. S. 452. XII. S. 94., Hartitzsch Entsch. no. 485.; vergl. Bd. I. §. 42. zu Fr. 13. Bei dem constitutum soll der Schuldner stets den Vortheil eines mäßigen Aufschubs genießen, als mäßig wird aber ein Zeitraum von 10 Tagen betrachtet; l. 21. §. 1. D. 13. 5. Ist die Zeitbestimmung unklar, so hilft die gesetzliche Interpretation nach, z. B. ist ein wiederkehrender Kalendertag ohne Zufügung des Jahrs bestimmt, so ist der nächstbevorstehende zu verstehen, l. 41. pr. D. 45. 1.; lautet die Bestimmung auf einige Wochen, Tage, Jahre, so werden zwei darunter verstanden, l. 17. §. 3. D. 40. 4. Einer besondern Bestimmung in Nov. 115. c. 5. §. 1. zufolge soll Niemand bei einem in seiner Familie eingetretenen Todesfall vor Ablauf von 9 Tagen (in quibus videntur lugere) mit Klagen und Vorladungen belästigt werden. Sintenis Civilr. Bd. II. §. 91. Anm. 3. betrachtet zwar diese Bestimmung ebenso wie die Trauerzeit als antiquirt, was aber doch vom Sinn und Geist derselben nicht behauptet werden darf. Im Zweifel wird eine Zeitbestimmung zur Erfüllung als zum Vortheil des Schuldners beigefügt erachtet.

Zuweilen findet man bei Zahlungsverpflichteten den Beisatz: „nach Gelegenheit — nach Bequemlichkeit.“ Ist dann anzunehmen, daß der Verpflichtete die Zahlungszeit von seinem eigenen oder dem richterlichen arbitrium abhängig gemacht habe? Ersteres ist in Sachsen vermöge Anhangs der erläuterten Proceßordn. §. 6.*) angenommen. Damit stimmt die würtembergische Praxis überein, s. Kapff merkw. Civilrechtssprüche Bd. I. S. 323. Gemeinrechtlich scheint l. 125. D. 50. 16. mehr für das letztere zu entscheiden; cf. l. 79. §. 1. D. 23. 3.; Berger Oecon. jur. pag. 566., Leyser Sp. 528. med. 13., Glück Thl. XII. S. 95., Wernher sel. Obs. for. T. III. P. IV. obs. 93. [Seuffert's Archiv III. No. 151. IX. No. 15.

*) [Dieser bestimmt vielmehr, daß hier der Richter die Zahlungsfristen (nach Billigkeit und Beschaffenheit der Parteien) ex officio determiniren solle.]

XIV. No. 121. XV. No. 7. 218. XVI. No. 179.] Nach v. Quistorp rechtl. Bemerk. Th. II. S. 169. wäre der Kläger zum Beweis zuzulassen, daß die Vermögensumstände des Schuldners seit der Zeit seines Versprechens einen entsprechenden Zuwachs gewonnen haben. [Ueber die Verpflichtung „nach und nach" zu leisten, s. Seuffert's Archiv XII. No. 233.]

Ist die Erfüllung der Verbindlichkeit ganz von der Willkür des Gläubigers abhängig gemacht, verb. du zahlst mir, wann ich es verlangen werde, so ist die Verbindlichkeit erloschen, wenn der Gläubiger bis zu seinem Tod nichts gefordert hat; l. 46. §. 2. D. 45. 1., vergl. l. 4. D. 19. 2., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 226., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 91. S. 154. — Ist die Zeit der Erfüllung der Willkür des Verpflichteten überlassen, so ist dies begreiflich eine stipulatio inutilis, l. 46. cit. §. 3. (vergl. Anm. 45. hiezu in der deutschen Uebers. d. corp. jur.), woraus von selbst folgt, daß wenn derjenige, auf dessen Wollen gerechnet war, lebenslang nicht gewollt hat, mit seinem Tod die Verbindlichkeit erlischt. Zwar will man aus l. 11. §. 6. D. de legat. III. argumentiren, daß mit dem Todestag des Schuldners die Erfüllung gefordert werden könne, s. Erk. d. O.=Trib. zu Stuttgart in Seuffert's Archiv Bd. III. S. 176., Schaffrath pr. Abh. S. 38., v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 42., mit Beziehung auf Cujacius Op. T. I. pag. 1175., welcher aber gerade das Gegentheil sagt; allein was in l. 11. cit. u. l. 41. §. 13. eod. von Legaten bestimmt ist, paßt gar nicht hieher, weil ja da die Verpflichtung an sich bestimmt aus dem Testament feststeht, s. Mühlenbruch Lehrb. Bd. II. §. 339., Sintenis a. a. O. Anm. 16.

Bei unbestimmten Ausdrücken geben die Gesetze folgende Regeln: wenn gesagt ist „post annos" oder „post dies", so sollen darunter resp. 2 Jahre oder 2 Tage verstanden werden; l. 17. §. 3. D. 40. 4. — l. 217. §. 1. D. 50. 16.*) Hat sich der Schuldner verpflichtet, das empfangene Geld zurückzuzahlen, wenn der Darleiher das Geld vonnöthen hat, so

---

*) Welcher Zeitraum unter der Bestimmung „in Jahr und Tagen" zu verstehen sey, s. Bd. I. §. 43. zu Fr. 10. Wenn ein bestimmter Tag oder ein bestimmter Zeitraum zur Erfüllung einer Verbindlichkeit festgesetzt ist, so muß immer dessen voller Ablauf abgewartet werden; l. 42. D. 45. 1. — l. 186. D. 50. 17. — l. 50. D. 44. 7. — §. 2. J. 3. 15.

läßt sich nicht folgern, dem Gläubiger liege ob, das Vonnöthenseyn zu beweisen, sondern es ist anzunehmen, daß es dem Ermessen des Gläubigers anheimgestellt sey, ob und wann er die Zurückzahlung nöthig habe; s. Erk. d. O.-A.-G. zu München in Seuffert u. Glück's Bl. f. R.-A. Bd. XIII. S. 160. Wenn gesagt ist, daß die Leistung innerhalb 8 Tagen erfolgen soll, so wird darunter der Zeitraum einer Woche als dem gewöhnlichen Sprachgebrauch gemäß verstanden; s. Erk. d. O.-A.-G. zu Cassel in Strippelmann's Samml. Bd. V. S. 414.*) — Vergl. auch Seuffert's Archiv XI. No. 131.

b) In Ansehung des Orts der Erfüllung ist entweder im Vertrag eine Bestimmung getroffen, allenfalls nach Beschaffenheit der Sache als stillschweigend verstanden anzusehen, l. 3. §. 4. D. 19. 1., oder derselbe ist ganz unbestimmt geblieben. Für den ersten Fall ist blos zu bemerken, daß, wenn mehrere Orte conjunctim festgesetzt sind, die Leistung an jedem derselben nur theilweise geschehen darf, wenn aber alternativ die Orte festgesetzt sind, der Schuldner die Wahl hat, jedoch nur so lange, als noch nicht die Klage gegen ihn angestellt ist, s. Glück Thl. XIII. §. 847. S. 352., Koch R. d. Ford. Bd. I. §. 45., und daß dann, wenn der bestimmte Ort unzugänglich ist, und allenfalls auch, wenn der Gläubiger durch die Veränderung des Orts durchaus keinen Schaden leidet, an einem andern Ort gezahlt werden kann; Thibaut System §. 654., Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 223. — Für den zweiten Fall sind die Meinungen sehr verschieden. Zunächst mag wohl ein erweisliches örtliches Herkommen entscheiden. Daß dieses aber überall, wie Struben rechtl. Bed. Th. III. S. 161. und Höpfner Instit. §. 976. annimmt, für den Wohnort des Gläubigers entscheide, ist wenigstens nicht außer allem Zweifel. Mehrere Rechtsgelehrte wollen aus den Gesetzen selbst den Grundsatz rechtfertigen: locus solutionis, si nihil aliud conventum sit, est domicilium creditoris,**) Leyser Sp. 528. med. 10., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 46. tit. 3. §. 30., Walch Controv. jur. civ. pag. 504. §. 4. Die dafür angeführte l. 21. D. 38. 1., welche blos von den operis libertorum spricht, kann aber eben-

*) [Das A. D. Handelsgesetzb. in Art. 328. versteht darunter volle 8 Tage.]

**) [Vergl. A. D. Handelsgesetzb. in Art. 324. 325.]

sowenig als die l. 2. C. de jure emphyteut. (4. 66) — welche eigentlich über den Zahlungsort gar nichts, sondern nur darüber, ob der emphyteuta auch unaufgefordert zu zahlen schuldig ist, bestimmt — generalisirt werden, und die l. 39. D. 46. 3., welche eine in inopportuno loco vel tempore geleistete Zahlung reprobirt, sagt damit doch noch nicht, daß der Wohnort des Gläubigers allein der locus opportunus sey. Man findet die gemeinrechtlichen Ansichten auch häufig durch Verwechselung des Gerichtsstandes des Contracts und des Erfüllungsortes verdunkelt. Manche entscheiden bei Obligationen aus Consensualverträgen für den Ort, wo der Vertrag bindend geworden ist; s. Thibaut Syst. §. 654. und Braun Erört. zu Thibaut §. 95., Voet Comm. ad Pand. Lib. 46. tit. 3. §. 12., Grolmann Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 39. Sie berufen sich deshalb auf l. 35. D. 50. 17. eo genere quidquam dissolvi, quo colligatum est, welche freilich für den Zahlungsort nur eine Analogie darbietet, ferner auf l. 19. §. 1. D. 5. 1., wo aber blos vom Gerichtsstand einer geführten Vormundschaft oder anderen Verwaltung die Rede ist, endlich auf l. 45. §. 1. D. 5. 1.,*) welche allerdings zu erkennen gibt, daß eine Veränderung des Aufenthalts des Gläubigers oder seines Erben nicht zur Erschwerung der dem Schuldner obliegenden Leistung gereichen soll, und welche auch mit dem Gerichtsstand des geschlossenen Vertrags, von welchem im pr. leg. cit. gehandelt ist, in Verbindung steht. — Nicht allein aus der eben angeführten Gesetzesstelle, sondern auch aus l. 2. §. 3. D. 44. 7., geht der Grundgedanke hervor, daß bei Obligationen aus Consensualcontracten, sowie überhaupt, so auch in Ansehung des Orts der Leistung das aequum et bonum**) zur Richtschnur dienen soll. Uebrigens wird eine gewisse Wechselwirkung zwischen dem Gerichtsstand, bei welchem die Forderung

---

*) Nomine puellae tutoribus in provincia condemnatis curatores puellae judicatum Romae facere coguntur, ubi mutuam pecuniam mater accepit, cui filia heres extitit.

**) Z. B. Gläubiger und Schuldner wohnten zusammen an einem Ort. Durch eingetretene Versetzung des Gläubigers an einen weit entfernten Ort wird nun dem Schuldner die Leistung in dem Wohnort des Gläubigers bedeutend erschwert. Diese Belästigung kann ihm wohl nur dann aufgebürdet werden, wenn zu der Ortsveränderung sein Verzug concurrirt, nam unicuique sua noceat mora; l. 173. §. 2. D. 50. 17.

geltend zu machen ist, und dem Ort der zu leistenden Zahlung nicht zu verkennen seyn, wonach sich die Regel dahin gestaltet: der Schuldner muß die Zahlung da leisten, wo ihn der Gläubiger dazu zwingen kann und will, mithin an jedem Orte eines competenten Gerichts; l. 38. D. 5. 1. — l. 47. §. 1. D. de leg. I. (30.) — l. 1. D. 33. 1. — l. 22. D. 12. 1. — l. 4. D. 13. 3. — l. 1—3. D. 42. 5., Koch R. d. Ford. Bd. I. §. 45., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 382., vergl. Bethmann-Hollweg Versuche S. 18., v. Savigny Obl.-R. Bd. I. S. 515. Dahin scheint auch zu zielen, wenn Seuffert und Glück Bl. f. R.-A. Bd. I. S. 326. den Satz aufstellen: eine Bestimmung des Orts der Zahlung ist in einer Schuldurkunde nur in dem Fall erforderlich, wenn die Zahlung an einem andern als dem Aufenthaltsort des Verpflichteten geschehen soll, womit auch Mackeldey Lehrb. §. 488. übereinstimmt: „eine Sache muß da zurückgegeben werden, wo man sie erhalten hat, jede andere Leistung aber da erfüllt werden, wo der Schuldner sich aufhält.“ Eine nicht fungible Sache ist da zu übergeben, wo sie sich — ohne einen untergelaufenen dolus des Beklagten — befindet; l. 10 —12. D. 6. 1. Dasselbe gilt auch von deponirten Sachen nach l. 12. §. 1. D. 16. 3., Glück Thl. XV. S. 204., desgleichen bei Testamentsobligationen l. 50—52. D. 5. 1. — l. un. C. 3. 17. Bei der condictio indebiti kann es auf den Ort, wo das indebitum geleistet worden war, nicht ankommen; Glück Thl. XIII. §. 846. S. 308. Der emphyteuta muß dem Erbzinsherrn den canon jährlich in seine Wohnung abliefern; Beck de jure emphyt. Cap. X. §. 3., Berger Oecon. jur Lib. III. tit. 5. th. 28. not. 8., Glück Thl. VIII. S. 420. Von dem Lieferungsort bei Zehnten ist oben in Bd. II. §. 121. Fr. 21 gehandelt.

Zu 9) Da vom Begriff der Zahlung die Absicht, sich einer Verbindlichkeit zu entledigen, nicht zu trennen ist, so hat natürlich der Zahlende vor Allem das Recht, zu bestimmen, welche von mehreren Verbindlichkeiten er tilgen will, und nimmt dann der Gläubiger die Zahlung so, wie sie vom Schuldner beabsichtigt ist, an, so ist die bestimmte Schuld getilgt, sowie umgekehrt nichts geschehen ist, wenn der Gläubiger sich zur Nichtannahme in der vom Schuldner beabsichteten Weise für berechtigt hält. Ist seine Weigerung ungerecht, so steht dem Schuldner das Mittel der Deposition offen, und nimmt der

Gläubiger zwar die Zahlung an, schreibt sie aber dann doch auf eine andere als die vom Schuldner bestimmte Post ab, so kann seine eigenmächtige Handlung nichts an den gesetzlichen Bestimmungen abändern; s. Funke Beitr. zur Erörter. prakt. Rechtsmaterien no. 4. Hat der Schuldner seiner Zahlung keine specielle Bestimmung unter mehreren ihm obliegenden Leistungen beigelegt, so scheint der Gläubiger abrechnen zu können, auf welche Posten er will. Allein l. 1—3. D. 46. 3. beschränkt ihn dabei in der Art, daß er es in re praesenti thun muß, und nur an der für den Schuldner beschwerlicheren Post die Zahlung abschreiben darf. Die Bestimmung der angeführten wahrscheinlich corrumpirten Gesetzstelle hat beim ersten Anblick etwas so Auffallendes, daß Donell. Comm. Lib. XVI. cap. 12. §. 6. eine Emendation des Textes für nöthig hielt. Wozu denn das in re praesenti, wenn der Gläubiger doch auch später nichts Anderes thun darf, als auf die dem Schuldner beschwerlichere Post abzurechnen? denn es heißt ja doch in l. 3. cit.: ceterum *postea* non permittitur. Donell. sucht der Stelle in l. 1. cit. permittitur ergo creditori constituere in quod velit solutum: dummodo sic constituamus, ut in re sua constitueret, sed constituere in re praesenti, *hoc est* statim atque solutum est, durch Abänderung des hoc est in potest folgenden Sinn abzugewinnen: zu jeder Zeit könne der Gläubiger einseitig die Abschreibung vornehmen, dann muß er sie aber auf die gravior causa richten; will er aber unabhängig darüber bestimmen, so muß er es sogleich beim Empfang der Zahlung thun: constituere in re praesenti *potest* statim atque solutum est. Dieser Emendationsversuch scheint jedoch wenig Eingang gefunden zu haben.*) Es bleibt demnach bei den Worten des Gesetzes, welche in folgendem Sinn aufzufassen sind: „hat sich der Schuldner nicht darüber erklärt, welche unter verschiedenen Schulden er durch seine Zahlung tilgen wolle, so ist die Reihe an dem Gläubiger, zu erklären, welche er für bezahlt annehmen wolle. Seine Erklärung ist nun zwar ganz willkürlich, aber ohne Uebereinstimmung des Schuldners kann er weder sogleich, noch, wenn er die zeitige Erklärung unterlassen hat, in der Folge, die Abschreibung anders vornehmen, als wie er thun würde, wenn er selbst der Schuldner wäre, also auf die gravior causa, s. v. Buchholtz jurist. Abh. no. 28. S. 352., Puchta Pand. §. 287., er muß also nicht auf die blos

---

*) Eine befriedigende Lösung des zwischen der l. 1. und der l. 2. D. de solut. et liberat (46. 3.) scheinbar bestehenden Widerspruchs finden wir in Funke Beitr. zur Erörter. prakt. Rechtsm. no. 4.

natürliche, sondern auf die klagbare Verbindlichkeit, l. 94. §. 3. D. 46. 3., Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 128., auf die fällige vor der nichtfälligen, l. 3. §. 1. l. 103. D. 46. 3., auf die lästigere vor der weniger lästigen abrechnen.*) Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 385., Leyser Vol. VII. Sp. 528. med. 7. Auch wenn von keiner Seite etwas bestimmt ist, so ist, wenn neben dem Capital auch Zinsen geschuldet werden, das Gezahlte zuerst auf die Zinsen — insofern sie nämlich mit einer Klage gefordert werden könnten, l. 5. §. 2. D. 46. 3. — sodann auf das Capital abzurechnen; Sintenis Civilr. Bd. II. §. 103. Anm. 29.

Zu 10) Die verneinende Beantwortung dieser Frage scheint beim ersten Anblick keinem Zweifel unterworfen, denn die analogen Vorschriften über Evictionsleistung gestatten ja dem Verletzten nur gegen seinen Contrahenten eine persönliche Klage auf Entschädigung, l. 1. l. 59. l. 61. l. 70. D. 21. 2., und selbst der unmittelbare Empfänger verliert seinen Anspruch auf Ersatz der fehlenden Qualität oder Quantität, wenn er unterlassen hat, den Inhalt des Packets oder Fasses rechtzeitig zu untersuchen; l. 19. §. 6. D. 21. 1. Wie kann nun eine Person, die man gar nicht kennt, mit der man weder ausdrücklich noch stillschweigend ein obligatorisches Verhältniß eingegangen hat, zu etwas obligirt werden? Möglich wäre dies doch nur durch eine unerlaubte Handlung, durch welche Andere beschädigt werden, aber auch in der weitesten Ausdehnung, s. §. 16. J. 4. 3.; geht doch die Aquilische Klage nicht so weit, daß man eine absichtlose unrichtige Packetirung als unerlaubte Schadenzufügung ansehen und daraus ex lege Aquilia klagen könnte. Aus einem blos mit einer bestimmten Person gepflogenen Verkehr weiß man dieser Rechnung zu halten, aber wie sollte man denn der ganzen Welt daraus verantwortlich seyn können und wollen? Stillschweigend kann man eine solche Absicht gewiß nicht voraussetzen, weil eine stillschweigende Willenserklärung nie weiter angenommen werden darf, als nothwendig ist, um nicht die Handlung eines vernünftigen Zwecks zu entkleiden,

---

*) Ueber deren Rangordnung und Classification vergl. Sintenis Civilr. Bd. II. §. 103. S. 395. (d. 2. Aufl.) 2c., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 589., v. Buchholtz jurist. Abhandl. no. 28., l. 97. D. 46. 3. — Besondere Bestimmungen finden statt, wenn der Gläubiger berechtigt ist, sich selbst z. B. aus dem Pfande bezahlt zu machen; l. 73. l. 96. §. 3. l. 101. §. 1. D. 46. 3. — Nicht immer ist die ältere Forderung die lästigere, l. 97. D. 46. 3., Richter Aufsätze über verschiedene Rechtsfr. S. 110, vielmehr soll das Alter erst entscheiden, wenn keine der Forderungen beschwerlicher ist; l. 5. D. 46. 3.

hier aber der vernünftige und absolut anzunehmende Zweck blos auf den Adressaten gerichtet ist. Wenn der Absender aus einem gleich möglichen Versehen die im Packet befindliche Summe auf der Außenseite desselben zu gering angegeben hätte, so könnte er ja auch nur von seinem Adressaten das indebite Gezahlte zurückfordern, aber nicht von einem dritten Besitzer. Diese Meinung, wofür sich auch das Leipziger Handelsgericht entschieden hatte, vertheidigt unter deren Anführung Kritz Rechtsfälle Bd. I. S. 97. und Kori Erörter. prakt. Rechtsfr. Th. III. no. 4. Gegen dieselbe wurde aber in zwei Urtheilen des Leipziger Schöppenstuhls und in zwei Rescripten des ehemaligen Landes-Appellationsgerichts gesprochen, welchen Hartitzsch Entscheid. no. 200. gefolgt ist, ohne sie jedoch zu erwähnen. Die diesen Urtheilen zum Grund gelegenen Fälle hatten aber gewisse Eigenthümlichkeiten, welche nicht unbeachtet bleiben dürfen. Im ersten Fall hatte der Absender für 22 Thlr. 18 Gr. schlechte, ungangbare Münzsorten zugepackt, mithin eine unerlaubte Handlung begangen, deren unausbleiblichen Schaden er unbedingt vertreten mußte, gleichviel wen er traf. In den andern Fällen war das in Frage befangene Geldpacket von der Handlung, welche es absandte, nicht nur als von ihr eingezahlt und ausgegeben, sondern auch als von ihr mit Namen überschrieben recognoscirt worden. Der auf dem Packet gestandenen Angabe des Inhalts war nämlich auch der Name des Einzählers beigefügt, und damit die Versicherung des Letzteren, daß die angegebene Summe wirklich in dem Packet enthalten sey, auf offene Weise und in solcher Art gegeben, daß sie einem jeden Empfänger geltend betrachtet werden konnte, und dieses wurde auch als wirklich beabsichtet angenommen, weil es — blos auf den unmittelbaren Empfänger bezogen — eines äußeren auf dem Packete selbst angebrachten Zeichens nicht bedurft hätte. Daß dieser Schluß Wahrscheinlichkeit für sich habe, ist wohl nicht zu bestreiten; daß er aber auf innerer Nothwendigkeit beruhe und absolut concludent sey, möchte sich wohl noch bezweifeln lassen. Andere für diese Entscheidung angeführte Gründe, insbesondere, daß die mehreren Personen, durch deren Hände ein solches Geldpacket geht, in einer Gemeinschaft stünden, und ebenso wie eigentliche socii zur Gewährleistung verbunden seyen, oder daß hier dasselbe Verhältniß stattfinde, wie bei einer durch mehrere Giro's laufenden Tratte stellen sich von selbst als ungenügend dar. Mehreres hierüber s. Gaudlitz Nonnullae meditat. de volumin. et saccis pecunia impletis (über Geldpackete und Geldsäcke) Lips. 1834.

Zu 11) Von dieser Beschränkung sind befreit: die Quittungen

über öffentliche Prästationen l. 14. §. 1. C. 4. 30. — l. 4. C. 10. 22., nach der Praxis überhaupt Quittungen, die öffentliche Urkunden sind; Puchta Pand. §. 287., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 4458., Linde Zeitschr. Bd. I. S. 246., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 154. (§. 111.)

Zu 12) Zwar gelten auch hier alle gesetzlichen Beweismittel, nur ist der Zeugenbeweis beschränkt. Wenn gewöhnlich gesagt wird, im Mangel einer Quittung werden 5 Zeugen zum Beweis der geleisteten Zahlung erfordert, so ist dies bestimmter dahin zu fassen: gegen Schuldverschreibungen, die in den Händen des Gläubigers sind, soll die geschehene Abtragung der Schuld nur durch eine Quittung, oder durch Aufstellung von 5 glaubwürdigen Zeugen bewiesen werden können, welche absichtlich des Beweises wegen zugezogen seyn müssen. Eine Ausnahme hiervon ist nur dann zulässig, wenn zwar eine Quittung ausgestellt worden, dieselbe aber durch einen Unfall verloren gegangen ist; dann soll neben dem Beweis des Unfalls der gewöhnliche Zeugenbeweis hinsichtlich der geleisteten Zahlung genügen, l. 18. C. 4. 20. — Nov. 90. c. 2. Justinian wollte also dem Uebel vorbeugen, daß ein mit dem besten Beweismittel versehener Gläubiger dem Verlust seiner Forderung durch die Machination erkaufter oder leichtsinniger Zeugen Preis gegeben werden könnte; Linde Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. I. S. 241., Glück Thl. XXII. S. 219., Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. III. S. 296., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 154. (§. 111.), Puchta Pand. §. 287. Man kann es daher schwerlich billigen, wenn gegen die Gesetze hier und da ein Gerichtsbrauch*) schlechthin für die unbedingte Zulänglichkeit von 2 Zeugen behauptet wird, wie z. B. von Voet Comm. ad Pand. Lib. XLVI. tit. 3. §. 15., Braun zu Thibaut §. 110., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 476. Anm. b., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 103. Anm. 88., Boehmer J. E. P. Lib. II. tit. 19. §. 34. tit. 20. §. 21., Stryck Us. mod. Lib. 22.

---

*) Unbedenklicher darf man eine andere gesetzliche Bestimmung (l. 17. C. 4. 2. — Nov. 73. c. 1. 2. 8. 9.), welche allen Schuldscheinen und Quittungen über eine 50 libras auri übersteigende Summe, wenn sie nicht von 3 Zeugen mit unterschrieben sind, die Beweiskraft entzieht, ungeachtet u. a. Glück Thl. XXII. S. 219. sie so, als ob sie noch h. z. T. gälte, anführt, durch den gemeinen Gerichtsbrauch als abrogirt ansehen; s. Hassenpflug kleine Schriften jurist. Inh. Bd. I. S. 117., Stryck Us. mod. Lib. 22. tit. 5. §. 15., Heffter Institut d. Civilproc. S. 214.; Gett der Executiv-Proceß §. 8. no. 6. S. 53.

tit. 5. §. 15., Gesterding im civilist. Archiv Bd. IV. S. 17., welcher sogar den müßigen, zum Ueberfluß von Linde Zeitschr. Bd. I. S. 241. (s. auch Leyser Sp. 530. med. 1., Voet l. c., Sintenis a. a. O. Anm. 89.) völlig entkräfteten Zweifel aufwirft, ob denn der Schuldner auch berechtigt sey, außer der Rückgabe der Schuldverschreibung noch eine Quittung zu fordern.*) Indessen können wohl Fälle eintreten, wo bei concurrirenden Indicien dem Schuldner der Beweis billig zu erleichtern ist. Z. B. der Gläubiger hat zur Zeit der Zahlung den Schuldschein eben nicht bei Handen, und der Schuldner traut dessen redlichem Versprechen der Nachlieferung, welche durch Verhältnisse auf der einen oder andern Seite in Vergessenheit geräth. Der Gläubiger stirbt indeß, und der Schuldbrief kommt nun unter seinen alten Papieren zum Vorschein. Gewiß ist ein solcher Fall analog jenem zu beurtheilen, wenn dem Schuldner die Quittung durch Zufall entkommen ist; v. Quistorp rechtl. Bemerkungen Th. I. S. 273.

Zu 13) Nur die Thatsache des erfolgten Zurückgebens, nicht, wie Mehrere, z. B. Boehmer Introd. in jus Dig. Lib. 46. tit. 3. no. 13., Günther Princ. jur. Rom. T. II. §. 1135., Bucher R. d. Ford. (2. Ausg.) §. 167., Thibaut Syst. §. 665. (Ed. 8.) lehren, der bloße Besitz des Schuldscheins, welcher durch verschiedene Umstände bewirkt seyn kann, begründet eine Rechtsvermuthung, daß das Schuldverhältniß abgethan sey, und hat zur Folge, daß der Gegner beweisen muß, aus was für einem andern Grund die Zurückgabe veranlaßt worden sey; l. 2. §. 1. D. 2. 14. — l. 15. C. 8. 43., Richter Aufsätze über verschiedene Rechtsfr. S. 169., v. Bülow Abhandl. Th. II. Abth. 1. S. 188., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 154. (§. 111.), v. Hartitzsch Entscheidungen no. 369., Hufnagel Mittheil. H. I. S. 33.

Auch v. Quistorp rechtl. Bemerkungen Th. I. S. 274. widerspricht nicht, daß auf solche Weise eine Rechtsvermuthung begründet ist; nur eine praesumtio juris et de jure, welche sogar den Gegenbeweis ausschließen würde, läßt er — und wohl mit Recht, s. l. 24. D. 22. 3. — nicht gelten.

Es ist auch unrichtig gesprochen, wenn gewöhnlich gesagt wird, redditio chirographi bewirke praesumtionem solutionis. Sie kann, wie Vermehren in Linde's Zeitschr. Bd. XI. S. 262. ausgeführt hat, für nichts Anderes als eine Rechtsvermuthung der Liberation gelten,

---

*) [Vergl. A. D. Wechselordnung in Art. 39. u. 48.]

a. a. O. S. 274., und etwas Anderes sagen auch die betreffenden Gesetzstellen nicht aus, als Liberation, l. 15. C. 8. 43., oder convenisse ne peterem l. 2. §. 1. D. 2. 14., und wenn l. 14. C. 8. 43. sagt: ein urkundliches Bekenntniß der geleisteten Zahlung beweist mehr als redditio chirographi, was eigentlich geschehen ist, so gereicht sie viel mehr zur Unterstützung als zur Widerlegung unserer Behauptung. Es scheint zwar, daß unsere Distinction kaum einige Bedeutung habe, da ja Zahlung auch ein Mittel der Liberation ist, indessen in Fällen, wo die rechtliche Fähigkeit oder Befugniß zur Liberation beanstandet werden kann, macht es allerdings einen Unterschied.

Gleiche Rechtsvermuthung gilt, wenn die Schuldverschreibung zerstört oder durchstrichen, oder absichtlich vom Gläubiger verbrannt worden ist; Leyser Sp. 42. med. 6. Die manifestae probationes, welche der Kläger diesfalls nach l. 24. D. 22. 3. dagegen aufbringen muß, sind übrigens nicht auf eine praesumtio violenta zu beziehen, sondern bezielen wohl nur die natürlichen oder directen im Gegensatz der künstlichen oder indirecten Beweismittel; v. Bülow a. a. O., Thibaut Syst. §. 1146. d. 3. Ausgabe. Es wird auch darüber gestritten, ob ein solcher einseitig, ohne eine Aeußerung des Gläubigers gegen den Schuldner von Ersterem vorgenommener Vernichtungsact dem Letztern ein Recht gewähren könne, da damit doch nichts anderes als eine Schenkung geschähe, welche die Acceptation des Donatars erfordere; Walch Controv. jur. civ. pag. 516. et ibi cit., Müller ad Leyser Vol. II. Fasc. I. pag. 104. Allein die herrschende Meinung findet kein Bedenken daran, daß auch ein einseitig geschehener Verzicht dem Schuldner zu Statten kommen könne; Sintenis Civilr. Bd. II. §. 103. Anm. 92., Hommel Rhaps. obs. 11., Berger Oecon. jur. pag. 275. u. 276., arg. l. 23. l. 53. D. 46. 3.

Wenn von einer Obligationsurkunde mehrere Exemplare gefertigt waren, von welchen nur eines zurückgegeben, das andere vom Gläubiger behalten worden ist, so soll nach der Meinung Mehrerer der Anspruch gleichfalls für erlassen anzusehen seyn, Cocceji jus controv. Lib. II. tit. 14. qu. 4.; allein richtiger scheint die Meinung Anderer, daß dann gar keine Vermuthung Platz greife, Leyser Sp. 42. Cor. I., Walch l. c. pag. 515. et ibi cit. Langes Warten des Gläubigers, welcher am Ende, ohne gefordert zu haben, stirbt, kann nur eine praesumtio hominis wirken, Zu-Rhein u. Sartorius Samml. merkw. Rechtsf. Bd. II. S. 311., ebenso die öfters unterlassene Compensation nach l. 26. D. 22. 3., v. Bülow a. a. O.,

Vorst über die Beweislast §. 34 ff., vergl. unten Kap. VI. §. 248. zu Fr. 4.

Zu 14) Im kaufmännischen Verkehr schließt eine gegebene Generalquittung alle Nachforderungen aus, wenn die nachgeforderten Posten auch noch nicht fällig oder unbekannt gewesen wären. Außerdem werden vermöge einer Generalquittung, welche sich auf eine gehaltene Berechnung bezieht und in welcher bekannt wird, daß der Empfänger dem Aussteller nichts mehr schuldig verblieben, alle bis dahin zahlbar gewesenen und nicht ausdrücklich vorbehaltenen Posten für abgethan erachtet, ausgenommen solche, welche bei der Ausstellung noch nicht fällig waren, oder von welchen der Quittirende noch keine Wissenschaft haben konnte; Koch R. d. Ford. Bd. II. §. 156. S. 660. der 2. Ausg., Leyser Sp. 530. med. 3.

Zu 15) Die ausdehnende Anwendung des Gesetzes, welche früher sehr allgemein angenommen war, und durch den Gerichtsbrauch sich befestigt zu haben scheint (s. Leyser Sp. 530. med. 8., Pufendorf Obs. jur. T. I. obs. 173. T. II. obs. 162., Kind Qu. for. T. IV. c. 56., Berger El. disc. p. 746. u. 1424., Günther Princ. jur. Rom. §. 1135. und Viele das. cit.), wurde zuerst von Gesterding im civilist. Archiv Bd. IV. S. 9. aus Gründen angegriffen, deren Gewicht auch nicht ganz unerkannt blieb, s. Mackeldey Lehrb. §. 490., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 477. Es ist nämlich ein Unterschied zwischen den öffentlichen Steuereinnehmern, welche unter den Kaisern so sehr an strenge Perception gebunden waren, daß sie die Abgaben nicht uneingefordert lassen konnten, und Privaten, welche oft Schonung und Nachsicht als Pflicht betrachten. Der Fiscus verlor auch nichts dabei, wenn er zu Gunsten der Steuerpflichtigen eine Vermuthung aufstellte, welche den Verlust nur auf die nachlässigen Steuereinnehmer warf, wenn sie nicht beweisen konnten, daß der Steuerpflichtige wirklich noch in Rückstand sey, und welche in Ordnung zu erhalten der einzige Zweck des Gesetzes gewesen zu seyn scheint. Das Gesetz spricht auch blos von Staatsabgaben, und selbst bei vorhandener Gleichheit des Grundes dürfte ein Gesetz, welches eine Abweichung von der Regel des Rechts enthält, nicht auf andere Fälle ausgedehnt werden. Demungeachtet wird auch von den meisten neueren Rechtsgelehrten die Praxis als einmal feststehend anerkannt.*) Bülow a. a. O. S. 192., Gebr. Overbeck Meditt.

---

*) Da entsteht dann noch eine weitere Frage: ob schon die Quittungen von drei Zahlungsterminen (z. B. $\frac{1}{2}$- oder $\frac{1}{4}$jähriger) genügen, oder ob sie

Bd. III. S. 177., und die Lehrbücher von Thibaut §. 665., v. Wening-Ingenheim Bd. II. S. 154. (§. 111.), Puchta Pand. §. 287., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 4115., Hufnagel Mittheilungen no. 106., Erk. d. O.-A.-G. zu Jena in Ortloff's jur. Abhandl. u. Rechtsf. Bd. I. S. 616. Immerhin ist jedoch noch Vorsicht in ihrer Anwendung zu empfehlen. Z. B. ein Stadtmagistrat war verpflichtet, die Zinsen eines gestifteten Capitals jährlich zu einem Stipendium für einen Studirenden oder zur Aussteuer eines Mädchens aus der Familie des Stifters zu verwenden. Die Erben des Stifters, über Nichtbefolgung sich beschwerend, verlangten die Vorlage der Rechnungen auf 30 Jahre zurück, wogegen der Magistrat durch Quittungs-Vorlage von den letzten 3 Jahren geschützt zu seyn glaubte. Mit Recht wurde aber eine so unpassende Berufung auf die l. 3. cit. verworfen; Cocceji jus controv. Lib. 46. tit. 3. qu. 8.

Zu 16) Vermöge der zur Fr. 6. angeführten gesetzlichen Bestimmungen kann nicht immer die Zurückforderung stattfinden. Z. B. der Mündel kann deswegen nicht giltig zahlen, weil er kein Eigenthum übertragen kann; hat aber der Empfänger das erhaltene Geld consumirt, so fällt die Vindication weg, und es kann dann nur darauf ankommen, ob der Gläubiger die Leistung auf eine völlig wirksame Weise zu fordern hatte, und ob die Leistung genau in der Beschaffenheit geschah, in welcher derselbe sie zu fordern berechtigt war, denn in solchem Fall braucht das Geleistete nicht wieder zurückgegeben zu werden; l. 9. §. 2. D. 26. 8. — l. 14. §. 8. D. 46. 3., — Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 377. Auch wenn der Schuldner mit fremdem Geld gezahlt hätte, kann der Gläubiger, welcher es bona fide consumirt oder mit dem seinigen vermischt hat, nicht mehr zur Herausgabe vom Eigenthümer angehalten werden; Leyser Sp. 528. med. 8.

Zu 17) Wenn bei fungiblen Sachen die Sorte nicht bestimmt ist, so kann auch durch die geringste die Verbindlichkeit erfüllt werden,

---

einen 3jährigen Zeitraum umfassen müssen? — v. Bülow a. a. O. S. 193 behauptet das Letztere, s. auch Berger El. disc. l. c.; dagegen Voet Comm. ad Pand. Lib. XLVI. tit. 3. §. 14 das Erstere. Ferner wird gefragt: ob die Vermuthung auch dann gelte, wenn die Berichtigung dreier Zahlungstermine nicht durch Quittungen, sondern auf andere Weise dargethan wird? Berger l. c. bejaht, v. Bülow a. a. O. verneint, aus dem einleuchtenden Grund, daß die Kraft der Vermuthung nicht auf der Bezahlung späterer Termine, sondern darauf beruht, daß der Empfänger die Zahlung nicht auf einen älteren Rückstand abgeschrieben hat.

l. 52. D. 17. 1. — l. 4. D. 33. 6. Ist die Obligatio auf ein genus gerichtet, so muß etwas Fehlerfreies geliefert werden, l. 33. l. 72. §. 5. D. 46. 3., und genügt die Mittelsorte; l. 37. pr. l. 110. D. de legat. I. (30.)*)

Zu 18) Zuerst muß man die Bestimmung in der Ortsgewohnheit suchen, und bei einem dann noch bleibenden Zweifel nach l. 34. D. 50. 17. das Wenigste annehmen; Schweppe a. a. O. §. 378. Bei gänzlicher Unbestimmtheit ist die Obligation nichtig; l. 94. l. 115. D. 45. 1.

Zu 19) Wo von Restitution die Rede seyn kann (z. B. bei Klagen ex deposito, commodato, locato), wird die Execution mittelst Wegnahme der Sache und Rückgabe an den Eigenthümer oder obsiegenden Kläger realisirt; wo es hingegen durchaus der Handlung und Selbstthätigkeit des Beklagten bedarf, kann diese zwar bei einer mäßigen Strafe an Geld oder Gefängniß, die auch einige Mal wiederholt werden mag,**) auferlegt und anbefohlen werden; wenn es aber nicht gelingt, die Hartnäckigkeit und den Widerstand zu besiegen, so bleibt dem Kläger nichts übrig, als im Executionsverfahren einen Antrag auf Ersatz seines zu berechnenden Schadens und Interesses zu machen, und beides entweder durch das juramentum in litem, wo dieses zulässig ist (s. Kap. II. §. 218. zu Fr. 5 ff.), oder auf andere Weise darzuthun, und zwar auf Kosten des Verurtheilten, welcher sofort als contumax zu behandeln ist, so daß ihm kein Widerspruchsrecht zusteht. Gegen den hierauf zu ertheilenden richterlichen Bescheid dürfte daher dem Verurtheilten eine Anfechtung so wenig in Ansehung der Quantität als in anderer Hinsicht zustehen, denn der Beweis geschieht dem Richter, und die Verpflichtung, das Interesse zu ersetzen, ist schon durch das Haupterkenntniß im Voraus mit entschieden; Sintenis in Linde's Zeischr. Bd. XI. S. 20—88., Schweppe a. a. O. Bd. III. S. 27. §. 378. Irrig hielten sonst Mehrere dafür, eine obl. faciendi fasse immer nur die Alternative in sich, ent=

---

*) [Vergl. jedoch oben §. 208. zu Fr. 2. und 3.]

**) Das höchste Maaß der Gefängnißstrafe wird auf 4 Wochen gesetzt und auf 14 Tage bei Wasser und Brod, wobei sich übrigens von selbst versteht, daß der Verpflichtete nicht durch besondere gesetzliche Bestimmungen von der Personalhaft befreit sey, wie Frauenspersonen, Nov. 134. c. 9., oder Personen, welche der Competenz=Wohlthat theilhaftig sind, civil. Arch. Bd. XXXIII. S. 412. Geldstrafen können nach und nach verdreifacht werden, jedoch höchstens mit 20 Fl. beginnen; Sintenis in Linde's Zeitschr. Bd. XI. S. 87. und die dort angeführten Schriftsteller.

weder das Factum oder das Interesse zu prästiren; allein besonders nach heutigem Recht geschieht die Substitution des Geldwerths immer erst in der Executionsinstanz, nach der Fruchtlosigkeit der Zwangsmaßregeln, Glück Thl. IV. S. 305. Thl. XVI. S. 113. u. die dort angeführte Literatur, Walch controv. jur. civ. pag. 548. (Ed. 3.).*) Soll gegen den zur Unterlassung einer Handlung Verurtheilten die Hilfe vollstreckt werden, so findet vordersamst Androhung einer Geldstrafe, und wenn diese unwirksam bleibt, neben deren Einziehung eine Cautions-Auflage statt. J. R.-Abschied §. 162., Höpfner Beitr. zur civilger. Praxis Bd. II. S. 33.

Zu 20) Da es zu weit führen würde, hier in die vielen Discussionen über den Einfluß des qualificirten Geständnisses auf die Beweislast näher einzugehen, so mag es genügen, auf die seit der ältesten Zeit herrschende Lehre zu verweisen. Zwar sind ihr Mehrere entgegengetreten, s. Claproth Einl. in d. bürgerl. Proc. §. 217., Bethmann-Hollweg Versuche über d. Theorie des Civilproc. S. 354., Schmidt von gemischten Einreden §. 40., Gesterding im civilist. Archiv Bd. II. S. 217.**), ohne sie jedoch dergestalt zu erschüttern, daß wir nicht als vorherrschende Meinung ansehen dürften: „der Kläger muß beweisen, daß eine unbedingte Verbindlichkeit vom Beklagten eingegangen worden sey." Es ist nämlich im Voraus klar, daß zwar dann die Beweislast den Beklagten treffe, wenn er eine selbständige Behauptung aufstellt, durch welche die rechtliche Wirksamkeit der vom Kläger behaupteten und nicht in Abrede zu stellenden Thatsachen (als Exception) aufgehoben wird, daß aber dagegen der Beklagte dann nicht zum Beweis verbunden werden könne, wenn er die Klage theilweise ableugnet, oder durch theilweises Zugestehen die factische Grundlage derselben so limitirt, daß die vom Kläger gezogene Folgerung damit nicht mehr bestehen kann. Die Gewißheit und die Unbedingtheit des Consenses gehört zu den wesentlichen Punkten einer Klage aus Verträgen. Die Limitation im Geständniß des Beklagten: er habe zwar den Vertrag geschlossen, aber nur unter einer Bedingung,***) ist keine Einrede, sondern eine Ergänzung des unvollständigen Klaglibells und eine Ableugnung dessen, was zur Anerken-

*) Ueber das dare, facere und praestare, als Gegenstand der Obligationen, s. Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. X. S. 219.

**) Jedoch ist Gesterding in s. Ausbeute für Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien Bd. II. S. 141. wieder zur älteren Lehre zurückgekehrt.

***) Von selbst versteht sich, daß hier nur von Suspensivbedingungen die Rede ist.

nung des Klagrechts wesentlich gehört; vid. Glossa zu c. 9. C. de except. (8. 36.) Sed contra videtur negasse puritatem, nisi actor probat puritatem, vel conditionem extitisse. Sicut enim actor non videtur in judicium deduxisse, quod non sentit, sic non reus videtur confiteri, quod non sentit. Böhmer J. E. Pr. Lib. II. tit. 18. §. 2. u. 3., Graffen D. de confessione qualificata. Gött. 1769., Weber üb. d. Verbindl. zur Beweisführung S. 334. Anm. 147., v. Gönner Handb. d. deutsch. gem. Proc. Bd. IV. no. 44. §. 21., Pfeiffer vermischte Aufsätze über Gegenstände d. deutsch. und röm. Privatr. S. 118., Vorst üb. d. Beweislast §. 78., Arndts über d. Beweis des Miteigenthums, im Rhein. Museum Bd. III. S. 215., Hasse daselbst S. 134. vom Beweis der Suspensivbedingung, Albrecht Entscheid. merkw. Rechtsfälle Bd. I. no. 20., Gmelin und Elsässer gemeinnützige Beobachtungen und Rechtsfälle Bd. II. S. 84. Zweifelhaft erklärt sich Linde in d. Abhandl. aus dem deutsch. gem. Civilproceß Bd. I. S. 88. Mehreres hierüber s. Hebdäus über d. qualific. Geständniß, Mannh. 1822., L. A. zum Bach, das Geständniß vor den Civilgerichten in seiner Unzertrennlichkeit nach Grundlinien d. gem. sowie d. Rheinländ. Rechts, Köln 1845. Besondere Aufmerksamkeit verdient ein von Hänel in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. I. S. 387. hervorgehobener Unterschied zwischen einseitigen Versprechen und zweiseitigen Verträgen, wie Pacht und Miethe, ingleichen denjenigen, wo die Gegenleistung in einem Zurückgeben besteht. Bei den einseitigen Verträgen gibt auch Hänel zu, daß, wenn der Beklagte sich nur bedingt verpflichtet zu haben behauptet, der Kläger beweisen müsse, daß das Versprechen pure geleistet worden sey; dagegen bei der zweiten Kategorie von Rechtsgeschäften müsse der Beklagte die von ihm behauptete Bedingung beweisen. Dies scheint insofern richtig, als bei zweiseitigen Geschäften, wie Pacht, Miethe, Societät, durch die gesetzlich bestimmten Erforbernisse der Ring, in welchem die wesentlichen Bestandtheile des Geschäfts sich vereinigen, als geschlossen erscheint, so daß alles, was außerdem verabredet wird, als etwas außer dem Geschäft Liegendes, als etwas fremdartig Eingeschobenes hervortritt, welches ebendeswegen vom Asserenten bewiesen werden muß. Dasselbe kann indessen auch bei einseitigen Geschäften vorkommen; z. B. der Beklagte bekennt, ein Darlehn empfangen zu haben, behauptet aber, die Rückzahlung sey nur auf den Fall bedungen worden, wenn sein Oheim in Philadelphia sterben, und ihm wenigstens 20,000 Thlr. hinterlassen würde. Oder: der Beklagte gesteht dem Kläger zu, Bürgschaft geleistet zu haben, aber nur unter einer Bedingung. In beiden Fällen soll der Beklagte

beweisen. Man gelangt hiernach zu dem Grundsatz: wenn über die wesentlichen Erfordernisse des libellirten Rechtsgeschäfts Einverständniß herrscht, so macht die vom Beklagten behauptete Bedingung nicht den Consens und mithin das Klagfundament defect, sondern sie enthält nur eine hinzugefügte Nebenabrede, welche der Beklagte beweisen muß; s. (Wunderlich) Rechtsansprüche der Facultät Rostock 1846. S. 1., Kuntze Sächs. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. Bd. XI. S. 208—259. [Noch schwebt diese Controvers, und sie ist in neuerer Zeit lebhafter denn je erwogen worden. Für die im Gegensatz zu Schneider wiederum von mir a. a. O. verfochtene Ansicht, daß die Beweislast dem Beklagten zufalle, haben sich weiter ausgesprochen, und zwar mit Zugrundelegung andrer Momente ein Anonymus (Rm) in Seuffert's Blätt. f. R.-A. in Bayern, 25. Jahrgg. (1860.) No. 2. S. 97—101., in wesentlicher Uebereinstimmung mit meinen Gründen Maxen Ueber Beweislast, Einreden u. Exceptionen (Gött. 1861.) S. 131—138. Dieselbe Ansicht wird vertreten von Lang Entw. e. bürg. Gesetzbuchs f. Bayern kritisch beleuchtet (1862.) S. 97—103. Vergl. auch Unger System d. österr. Privatr. Bd. II. §. 129. Anm., Schönemann i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 19. H. 2. Gegen Lang hat sich Arndts i. d. krit. Vierteljahrsschrift Bd. V. (1863.) S. 14 ff. erklärt. — Eine prüfende Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten liefert Gruchot Beiträge z. Erläut. d. Preuß. R. durch Theorie u. Praxis Bd. I. S. 497 ff. In jenem anonymen Aufsatze i. d. Blätt. f. R.-A. wird gesagt, daß die Meinung, wonach der Beklagte zu beweisen habe, in der Praxis der Bayer. Gerichte bereits die Oberhand gewonnen zu haben scheine; für diese Ansicht haben sich die obersten Gerichtshöfe zu München, Wolfenbüttel, Jena ausgesprochen; das O.-A.-G. zu Dresden hat mit seinen Ansichten gewechselt; für die gegentheilige Ansicht, d. h. dafür, daß der Kläger zu beweisen habe, haben sich ausgesprochen die Juristenfacultät zu Greifswalde, sowie die obersten Gerichte zu Mannheim, Stuttgart, Darmstadt, Celle, Wiesbaden (s. Seuffert's Archiv X. No. 300. XII. No. 203. u. bes. XIV. No. 173.), Rostock (s. Buchka-Budde Entscheid. Bd. II. S. 16 ff.) und Kiel; letzterer Gerichtshof erklärt es für einen „in unserer vaterländischen Praxis lange Zeit unbestritten festgehaltenen Satz", daß in Beziehung auf die vom Beklagten behaupteten Suspensivbedingungen dem Kläger der Beweis des unbedingt abgeschlossenen Geschäfts aufzulegen sey, bemerkt jedoch hinzu, daß Kläger nicht die Unbedingtheit der behaupteten Vereinbarung im Allgemeinen, sondern nur die Ab-

wesenheit der vom Beklagten speciell behaupteten Bedingung zu beweisen habe (Seuffert's Archiv XIII. No. 189.). Dazu vergl. den ausführlichen anonymen Aufsatz im Hess. Archiv f. prakt. Rechtsw. Bd. IX. (1861.), S. 154—167.]

Zu 21) Die Verschiedenheit der Meinungen über den Einfluß des in den Gesetzen häufig ausgesprochenen Grundsatzes: conditio existens retrotrahitur ad initium contractus auf den Früchtegenuß zwischen der Eingehung des Vertrags und der Verwirklichung der suspensiven Bedingung ist unter Anführung der einander entgegenstehenden Ansichten von Thibaut civilist. Abhandl. no. 17. S. 362. und v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 165., von uns bereis in Band I. §. 40. zu Fr. 17. in Betrachtung gezogen worden. In dem später erschienenen 4. Band von Kritz Samml. von Rechtsf. S. 327. statuirt der Verf. „wenn des Contractes verba ambigua die retroactive Wirkung einerseits nicht ausschließen, andererseits aber auch nicht erklären, so müsse der Käufer beweisen: retroactiv zu wirken, sey bei Eingehung des Contractes die conditio suspensiva bestimmt worden." Der Verf. scheint demnach von der Voraussetzung auszugehen, die muthmaßliche Absicht der Contrahenten könne nie für die retrotractive Wirkung angenommen werden. Dieser Ansicht scheinen aber die von ihm selbst angeführten Gesetzstellen entgegenzustehen, s. l. 64. l. 126. pr. D. 45. 1. si ita stipulatus fuero, si Titius Consul factus fuerit, tunc ex hac die in annos singulos dena dare spondes? post triennium conditione existente triginta peti poterunt. Offenbar liegt in dem ex hac die eine Ambiguität, da die Beziehung sich ebensogut auf den Tag des erlangten Consulats, als auf den Tag der Stipulation denken läßt. Die Entscheidung stützt sich aber auf die muthmaßlich dahin gegangene Absicht, der Promissar soll das Versprochene vollständig haben, wenn die Bedingung sich verwirklicht. Das angeführte Beispiel möchte daher in Betrachtung der Mannichfaltigkeit der Fälle vielmehr berechtigen, mit v. Savigny System Bd. III. S. 152. und Seuffert Beitr. zur Gesetzgebung S. 88. no. 6. die Entscheidung zunächst nach der wahrscheinlichen Absicht der Contrahenten zu bemessen.

Zu 22) Die Gesetze behandeln diese Frage in Bezug auf zweierlei Fälle: wenn eine bestimmte Zeit ausgemacht ist, oder nicht, aber auf eine schwer zu vereinigende Weise. Für den ersten Fall wird in l. 124. D. 45. 1. der Promissar daran für gebunden erachtet, und kann, wie auch in l. 10. D. 45. 1. angenommen ist, vor verstrichener Zeit nicht klagen, wenn sich auch früher vorhersehen läßt, daß das Werk in der noch übrigen Zeit unmöglich zu Stande gebracht werden

könne. Ueber den zweiten Fall verordnet l. 14. u. l. 98. §. 1. D. eod. auf ähnliche Weise, nämlich daß der Promissar erst dann klagen könne, wenn die Zeit verstrichen ist, in welcher das Werk zu Stande gebracht werden konnte. Dagegen sagt l. 72. §. 2. D. 45. 1.: wenn ein Gebäude zu bauen angelobt wurde, so braucht der Promissar nicht zu warten, bis so viel Zeit verläuft, als zur Erbauung desselben nothwendig ist, sondern es kann geklagt werden, und der Verfalltag der Verbindlichkeit tritt da ein, wo ein Verzug in dem Unternehmen des Gebäudes begonnen hat. Sintenis Civilr. Bd. II. §. 91. Anm. 12. hält diese mit den zuerst angeführten Gesetzstellen für unvereinbar; Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 227. sucht sie in der Art zu vereinigen, daß zwar vor Ablauf der Zeit nicht auf Erfüllung des Versprechens, wohl aber aus dem Grund des Verzugs geklagt werden könne, um die Vollziehung zu bewirken, womit l. 137. §. 3. D. 45. 1. übereinzustimmen scheint.

---

§. 228.

2. Datio in solutum, Hingabe an Zahlungsstatt.

Nov. 4. c. 3. Nov. 120. c. 6. Auth. hoc nisi C. de solution. (8. 43.) J. R.-A. (1654) §. 172.

1) Findet diese Rechtswohlthat*) bei jeder Art von Geldschuld**) statt?
2) Ist auch bei der datio in solutum, wie bei der Executionsordnung eine gewisse Gradation zu beobachten?
3) Was für eine rechtliche Folge hat es, wenn die an Zahlungsstatt hingegebene Sache dem Gläubiger evincirt wird?
4) Fällt das Jemandem auf ein Gut zustehende Retractrecht hinweg, wenn dasselbe ein Gegenstand der datio in solutum geworden ist?

*) Versteht sich beim Vorhandenseyn ihrer rechtlichen Voraussetzungen, nämlich unverschuldetem Mangel des redlichen Schuldners an ordentlichen Zahlungsmitteln und der Unmöglichkeit, seine beweglichen und unbeweglichen Sachen zum angemessenen Preis zu verwerthen.

**) Außer Geldschulden sie auch auf andere Gegenstände von Verbindlichkeiten mit Stryck Diss. de benef. dat. in solut. Cap. 2. no. 24 – 26. auszudehnen, ist wohl kein hinlänglicher Grund vorhanden.

Zu 1) Auf Wechselschulden findet sie keine Anwendung, Leyser Sp. 531. med. 2., auch nicht auf Delictsschulden; Stryck Diss. de beneficio dationis in solutum Cap. 2. no. 24 ff., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 33. (§. 21.) Manche Rechtsgelehrte glauben zwar die Zulässigkeit der datio in solutum setze überall voraus, daß der Schuldner bereits vergeblich seine Güter feilgeboten habe; aber nach Nov. 4. c. 3. ist vielmehr die Absicht des Gesetzes dahin gerichtet, den Schuldner von der Nothwendigkeit der cessio bonorum und der damit verbundenen Feilbietung seiner Grundstücke zu befreien; s. Heimbach im Rechtslex. Bd. I. S. 885. Bis zur Ablieferung an den Gläubiger muß der Schuldner die Gefahr des Gegenstandes tragen. Die einmal geschehene Hingabe ist nach der Natur eines Vertrags, l. 4. C. 8. 45., unwiderruflich, l. 10. C. 8. 43. — l. 24. C. eod.; doch gestattet man nach der Abrede der datio in solutum dem Schuldner noch baar zu bezahlen; s. Erk. d. O.-A.-G. zu Dresden im Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1846. S. 189.

Zu 2) Der Schuldner muß zwar seine besten Sachen anbieten und dem Gläubiger die Wahl unter denselben einräumen, doch sind zuvörderst Mobilien*), und erst in deren Mangel Immobilien anzubieten. Ausstehende Forderungen betrachtet nicht als ausgeschlossen v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 33. (§. 21.), allein gewiß ist diese Ausdehnung gegen die allgemeine Vorschrift der l. 16. C. 8. 43. bedenklich, s. Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 364. — Besondere Privilegien haben Kirchen und milde Stiftungen**). Nov. 120. c. 6. §. 2. — Auth. hoc jus porrectum C. de S. S. eccles. (l. 2.), insofern, daß ihre Grundstücke um $^1/_{10}$ über den taxirten Werth angenommen werden müssen, und der Gläubiger nicht freie Wahl darunter hat, sondern sich gefallen lassen muß, daß ihm theils gute, theils geringere Ländereien gegeben werden; ferner, daß ihnen frei steht, wenn Befriedigung auf diese Weise zu erzielen ist, vorerst dem Gläubiger nur ein Specialpfandrecht an den Grundstücken zu bestellen und deren Besitz einzuräumen, um sich allmählich aus den Früchten bezahlt zu machen, wobei die Zinsen auf 3 Proc. herab-

---

*) Wenigstens nach der Praxis, denn die römischen Gesetze sprechen gar nicht von beweglichen Sachen als Gegenständen der datio in solutum, wahrscheinlich weil bei ihnen sich leichter Käufer finden. Der J. R.-A. (1654.) §. 172. dient aber dieser Praxis zur Stütze.

**) Als Schuldnerinnen; noch in der 8. Ausg. von Thibaut System §. 652. steht zwar „als Gläubiger" aber durch ein offenbares Versehen, welches v. Buchholtz in der 9. Ausg. §. 582. berichtigt hat.

gesetzt werden. Wie lange aber eine solche allmähliche Befriedigung hinaus verschoben werden darf, bleibt bei mangelnder gesetzlicher Bestimmung dem richterlichen Ermessen anheimgegeben; Sintenis Civilr. Bd. II. §. 90. Anm. 11. Da Kirchen, Stiftungen und Gemeinden unter Staatscuratel stehen, so wird von dieser gewöhnlich ein Schuldentilgungsplan gemacht; Boehmer J. E. P. T. II. Lib. III. tit. 16. §. 49.; vergl. Weidner Lehre von der Zahlung und Angabe an Zahlungsstatt, Jena 1799., Marezoll in Grolmann u. Löhr's Magazin Bd. IV. no. 11., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 46. tit. 3. §. 19.

Zu 3) Die einschlagenden Gesetzstellen l. 24. pr. D. 13. 7. — l. 4. C. 8. 45. — l. 46. D. 46. 3. führen auf den Grund, daß die Hingabe an Zahlungsstatt einem Verkauf gleichzuachten sey, zu dem Resultat, daß dann der Gläubiger die Wahl hat, ob er mit den Ansprüchen eines Käufers auftreten, oder die Schuld als nicht getilgt behandeln will; Puchta Pand. §. 240. So wird der Schuldner auch dann nicht befreit, wenn das an Zahlungsstatt gegebene Grundstück mittelst einer begangenen Hinterlist zu hoch taxirt wurde, vielmehr muß er dann das Fehlende ergänzen. Wegen der Gefahr der Eviction ist der Schuldner auch verbunden, nach Möglichkeit Sicherheit zu leisten; Sintenis Civilr. Bd. II. §. 90. S. 150.

Zu 4) Manche Rechtsgelehrte unterscheiden zwar zwischen willkürlicher und nothwendiger datio in solutum, Lyncker Consult. T. I. pag. 417., Berlich Conclus. pract. P. II. Concl. 29. pag. 180., allein, da bei beiden Arten der Hingabe die Natur eines Kaufs obwaltet, l. 4. C. 8. 45., mithin der Grund sich überall gleichbleibt, so ist wohl mit Recht anzunehmen, daß das Retractrecht durch die datio in solutum in keinem Falle ausgeschlossen werde; s. Walch controv. jur. civ. pag. 623. (Ed. 3.) Desselben Näherrecht S. 132. §. 15., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VI. Med. 318., Stryck de success. ab intest. Diss. VI. c. 1. §. 30., Leyser Sp. 531. med. 3.

---

§. 229.

3. Rechtliche Beschränkungen und Collision der Rechte.

a) Zwang zum Nachlaß.

1) Bindet der nach einem sehr allgemeinen Gerichtsbrauch der Mehrheit gegen die Minderzahl der Gläubiger eines in

unverschuldeten*) Vermögensverfall gerathenen und unter gehöriger Darlegung seines Activ- und Passivstandes, allenfalls unter eidlicher Manifestation desselben (s. Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. I. S. 145.), auf einen nothwendigen Nachlaß provocirenden Schuldners eingeräumte Zwang auch persönlich privilegirte Creditoren?

2) Findet auch unter hypothekarischen Gläubigern ein Zwangsrecht der Mehrheit statt, wenn sie alle von gleichem Rang sind, oder die Mehrheit der Consentienten aus bevorzugten Hypothekargläubigern besteht?

3) Ist der durch einen Bürgen gedeckte Gläubiger auch dem Zwang zum Nachlaß durch die Mehrheit der Gläubiger unterworfen?

4) Genügt eine allgemeine Edictalladung, um die ausbleibenden Gläubiger der Mehrheit der anwesenden zu unterwerfen?

5) Inwiefern wird die Mehrzahl der Gläubiger nach Köpfen oder nach den mit Einschluß der Zinsen (l. 8. l. 9. §. 1. u. 2. D. 2. 14., Danz summar. Proc. §. 124) zu berechnenden Summen der Forderungen berechnet?

6) Wie, wenn sich die Stimmenzahl in mehrere Partien spaltet, z. B. 1000 stimmen gegen einen auf 20 Proc. angebotenen Accord, 500 stimmen für denselben, und 1000 wollen nur auf 30 Procent eingehen?

7) Wie ist die Stimmenmehrheit zu berechnen, wenn mehrere Forderungen illiquid sind?

8) Muß sich ein Gläubiger auch dann dem von der Mehrheit bewilligten Nachlaß unterwerfen, wenn er auf die gegenwärtige Masse ganz verzichtet, und sich sein Recht blos auf

*) Daß dieses ein nothwendiges Erforderniß für erzwungenen Nachlaß sey, ist zwar von Mehreren bestritten, s. Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. III. S. 10., Bd. VIII. S. 125., Lauterbach Diss. praejudiciale pactum remissorium majoris partis creditorum §. 35.; die herrschende Meinung aber statuirt dasselbe, s. Heffter im civilist. Archiv Bd. X. S. 342., Happel Anleit. z. Verf. Concursprocesse abzuwenden §. 154., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 169. (§. 124.), Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. I. S. 137.; s. dagegen v. Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. II. S. 234. 2c., welcher dieses Erforderniß nur beim moratorium, nicht aber bei dem pactum remissorium für nöthig erachtet; vergl. überhaupt v. Berg jur. Beobachtungen u. Rechtsf. Thl. IV. S. 311. über den Rechtsgrund und die Erfordernisse eines gezwungenen Nachlasses, Bayer Theorie des Concursprocesses §. 38.

künftige bessere Glücksumstände des Gemeinschuldners vorbehalten will?*)

9) Wenn ein Gläubiger, um dem Zwang zum Nachlaß auszuweichen, seine Forderung an einen Schuldner des Gemeinschuldners cedirt, welcher diesem alsdann die Compensation auf den vollen Betrag entgegenzusetzen vermag, muß sich der Cridar dann die Compensation gefallen lassen?

10) Kann die dissentirende Minorität der Gläubiger durch die Mehrzahl auch an solchen Begehren verhindert werden, welche die Erhaltung des Vermögens während des Verfahrens über den Zwangsbeitritt bezwecken, oder auch, wenn der Zwangsbeitritt entschieden ist, an Sicherheitsanträgen für die Erfüllung des Nachlaßvertrags?

11) Ist das Gericht durch den Beschluß der Mehrheit unbedingt gebunden, den Nachlaßvergleich zu bestätigen?

---

*) Andere Ausnahmsfälle, in welchen der Zwang zum Nachlaß nicht stattfinden soll, sind wohl nicht zu besonderer Berücksichtigung geeignet; Boehmer D. de pacto remissorio §. 14. zählt zwar deren 17 auf, welche aber größtentheils schon von Dabelow in seinem früheren Werk vom Concurs der Gläubiger Th. III. §. 340., s. auch Happel a. a. O. entkräftet worden sind. Zu den eigentlichen Ausnahmen rechnen wir nicht den Fall, wenn der Gläubiger gegen den Gemeinschuldner compensiren kann, weil jener dann schon aufgehört hat, Gläubiger zu seyn. Man fragt wohl auch, ob ein Zwang zum Nachlaß sich rechtfertigen lasse, wenn der Gläubiger so arm oder noch ärmer ist, als der Schuldner? allein bei einer Principienfrage scheint es zu keinem Unterschied zu berechtigen, ob der Gläubiger arm oder reich ist, und nur ex aequitate läßt es sich erklären, daß manche Rechtsgelehrte geneigt sind, hier dem Armen aus dem Grund zu Hilfe zu kommen, weil eine dem Schuldner in den Gesetzen bestimmte Wohlthat da ihre nothwendige Grenze finden müsse, wo sie nur mit dem Ruin eines anderen Bürgers ausgeübt werden könnte; Happel a. a. O. §. 175. no. 4, Dabelow v. Concurs S. 564. no. 5. Man findet ferner Grund zu einer Ausnahme, wenn die consentirende Mehrheit größtentheils aus Verwandten des Schuldners besteht, dies kann aber nur den Richter zu desto größerer Vorsicht in der cognitio causae verpflichten; Happel a. a. O., Dabelow a. a. O. — In das Bereich des Nachlaßvergleichs fällt es jedoch allerdings nicht, wenn der Schuldner Jemandem ein factum zu prästiren hat, welches noch in natura geleistet werden kann, oder einen Geldanschlag nicht verträgt; Seuffert Bl. f. Rechtsanw. Bd. I. S. 152. Auch auf künftig erst anfällige Praestanda kann der erzwungene Nachlaß nicht ausgedehnt werden; Seuffert a. a. O. Der Erbe, welcher die Erbschaft cum beneficio Inventarii angetreten hat, kann nicht hinterher auf einen nothwendigen Nachlaßvertrag provociren; s. Bd. II. im Erbrecht Kap. VI. §. 182. zu Fr. 7. Damit stimmt überein Spangenberg prakt. Erörter. Bd. II. S. 14.

12) Findet gegen einen nothwendigen Nachlaßvertrag exceptio laesionis enormis statt?

13) Kann ein von Vormündern, oder von Curatoren Abwesender eingegangener Nachlaßvertrag von dem Bevormundeten nach erlangter Volljährigkeit oder vom Abwesenden nach seiner Rückkehr angefochten werden?

Zu 1) Die l. 10. pr. D. 2. 14. entscheidet diese Frage auf das Bestimmteste bejahend. Selbst der fiscus ist durch sein privilegium exigendi nicht befreit. Die Zweifel, welche dagegen von Einigen, namentlich Thibaut System §. 1220. der älteren Ausgaben, aus l. 58. §. 1. D. 17. 1. geschöpft wurden, sind ohne Grund. Dieses Gesetz behandelt nur den Fall, wo ein mit einem Bürgen versehener Gläubiger in dem zur Verhandlung des Nachlaßvertrags anberaumten Termin ausgeblieben war, und entscheidet, daß der mit einem Pfand oder Privilegium gedeckte Gläubiger seiner Abwesenheit ungeachtet noch rechtliches Gehör gegen den per majora zu Stande gebrachten Nachlaßvertrag verlangen könne. Diese Entscheidung ist für unsere Frage ganz unverfänglich, und kann daher nach der gemeinen Meinung, insbesondere auch in Ansehung der Wechselgläubiger, das in der l. 10. cit. ausdrücklich entschiedene Zwangsrecht gegen persönlich privilegirte Gläubiger nicht aufheben; Happel Anleit. zum Verfahren, Concursprocesse abzuwenden §. 170. u. 174. no. 2., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 170. (§. 125.), Puchta Pand. §. 297., Voet Comm. ad Pand. Lib. II. tit. 14. §. 29., Dabelow Concurs d. Gläub. S. 291., Danz Grunds. des summar. Proc. Hptstck. X. §. 124., Schweppe System d. Concurses §. 18., Roßhirt gem. deutsch. Civilr. Bd. II. §. 421., vergl. Lauterbach Diss. cit., v. Berg jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle Bd. IV. S. 288.

Zu 2) Gesetzlich läßt sich für diesen Fall kein Zwangsrecht begründen, denn die Hypothekgläubiger sind ausdrücklich von dem Zwangsrecht der Majorität ausgenommen, l. 10. pr. D. 2. 14., cf. l. 58. §. 1. D. 17. 1. haec enim omnia *in his creditoribus, qui hypothecam non habent*, conservanda sunt. Zwar wird von Manchen aus dem Grund des Gesetzes eine Ausdehnung auf den Fall behauptet, wenn Gleichprivilegirte mit einander concurriren, oder die dissentirenden Hypothekgläubiger geringere dingliche Rechte genießen;

Danz a. a. O. S. 187., Happel a. a. O. §. 177.*) Wo aber dafür nicht eine Observanz besteht, läßt sich die Ausdehnung eines höchst singulären Rechtssatzes nicht rechtfertigen; Spangenberg rechtl. Erörter. Bd. I. S. 114., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IX. S. 290., Schweppe System d. Conc. §. 18., Hagemann prakt. Erörterungen Bd. VII. no. 104., Linde Lehrb. d. Proc. §. 394., Thibaut System §. 1018., Hufeland Lehrb. d. Civilr. Bd. II. §. 1824., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. I. §. 204., Kori System d. Concursproc. §. 88. Anm. 569., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 170. (§. 125.), vorzüglich Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. III. no. 1.

Zu 3) Der Bürge sowohl als der Gläubiger müssen sich wohl den von der Mehrheit bewilligten Nachlaß gefallen lassen, denn der Bürge stellt selbst nur Eine Person und Eine Schuld mit dem Gläubiger dar, und ist ebenso wie ein bedingter Gläubiger zu betrachten; Heffter im civilist. Archiv Bd. X. S. 353. Daß aber dadurch auch der Anspruch des Gläubigers an den Bürgen insoweit reducirt werde, wie Mehrere wenigstens in dem Fall behaupten, wenn der Bürge nicht auf das beneficium excussionis verzichtet hat, Heffter a. a. O., Dabelow ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurs der Gläubiger S. 288.**) ist wohl nicht zuzugestehen. Man sagt zwar, die l. 58. §. 1. D. 17. 1., welche klar ausspricht: daß es unbillig seyn würde, dem Gläubiger die Wahl zwischen dem Hauptschuldner oder Bürgen zu entziehen, sey nicht mehr anwendbar, weil nach der späteren Gesetzgebung, welche dem Bürgen das beneficium excussionis gegeben hat, nun wirklich der Gläubiger nicht mehr, wie früher, wählen kann, sondern zuerst den Hauptschuldner ausklagen muß; dadurch gestalte sich nun aber die Sache so, daß er, wenn er dem Nachlaß beitreten mußte, dem Bürgen nicht mehr actiones vollständig cediren, und diesen also auch nicht weiter, als auf so viel er noch selbst Recht hat, in Anspruch nehmen könne. Dagegen ist aber einzuwenden: die lex cit. hat das Hauptmoment, um auch dem Bürgen die Exception aus dem pacto remissorio zuzugestehen, auf die Voraus-

*) v. Völderndorf, Etwas von Nachlaßverträgen §. 160., geht gar so weit, die Befreiung der hypothekarischen Gläubiger (im engeren Sinne) vom gesetzlichen Zwang gänzlich zu verwerfen, und die l. 10. cit. blos von Faustpfandgläubigern zu erklären.

**) Auch Voet Comm. ad Pand. Lib. II. tit. 14. §. 14. wird für diese Meinung angeführt, aber wohl nicht mit Recht, denn er hat nur die freiwilligen Nachlässe vor Augen.

setzung gestellt, daß der Gläubiger freiwillig dem Schuldner einen Nachlaß bewilligt habe: si praesens apud Praetorem ipse quoque consensit, *pactus videtur* ex justa causa: *eaque* exceptio et fidejussori danda esset. So auch l. 68. §. 2. D. 46. 1. non possunt conveniri fidejussores, liberato reo transactione, worauf Unterholzner v. d. Schuldverh. Bd. II. S. 819. den Satz gründet: die Verpflichtung des Bürgen werde gelöst, wenn die Hauptschuld durch einen Nachlaßvertrag ihre Wirksamkeit verliert, wobei er indessen eine Ausnahme eintreten läßt, „wenn der Gläubiger blos den Hauptschuldner und nicht auch den Bürgen zu entbinden beabsichtete, und zugleich das Verhältniß des Bürgen zum Hauptschuldner von der Art ist, daß kein Rückanspruch gegen diesen möglich ist." Der nothwendige Nachlaßvertrag kann nur wegen Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners eintreten, und gerade für diesen Fall hat sich ja der Bürge einzustehen verpflichtet. Man darf daher das beneficium cedendarum actionum nicht auf eine den Begriff und das Wesen der Bürgschaft geradezu aufhebende Weise erklären. Deshalb ist es von den meisten Rechtsgelehrten anerkannt, daß der Bürge in diesem Fall die fehlende Summe ebensogut zahlen müsse, als bei der cessio bonorum des Hauptschuldners; Thibaut System §. 1220. d. älter. Ausg., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 170. (§. 125.), Roßhirt a. a. O. §. 421., Puchta Pand. §. 297., Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. I. S. 174., v. Berg jurist. Beobacht. u. Rechtsf. Th. IV. S. 318., Strippelmann Samml. Thl. 7. S. 496. Auch Happel a. a. O. §. 173. stimmt im Wesentlichen überein; er distinguirt blos, aber ohne gesetzliche Grundlage und praktische Haltung, ob der Nachlaßvertrag beabsichte, dem Schuldner wieder aufzuhelfen, oder nur, um ihm und den Seinigen den nöthigen Lebensunterhalt zu gestatten, und glaubt, daß der Gläubiger nur im zweiten Fall das Fehlende vom Bürgen fordern könne.

Zu 4) Die Meinung Einiger, daß eine Edictalladung überhaupt genüge, hat die Analogie der Edictalladung im Concurse gegen sich, welche nur die unbekannten Gläubiger verbinden kann; auch ist das Präjudiz verschieden zu stellen, nämlich gegen die bekannten Gläubiger, daß sie als der Mehrheit zustimmend angenommen würden, gegen die unbekannten, auf Ausschluß von der gegenwärtigen Masse; Heffter im civilist. Archiv Bd. X. S. 347., Happel a. a. O. S. 92.

Zu 5) Nach l. 8. u. 9. D. 2. 14. wird die Mehrzahl durch Zusammenrechnung der einzelnen Liquidate ausgemittelt; ist der Betrag gleich, so wird auf die Mehrzahl der Personen gesehen, wobei correi

stipulandi für eine Person gelten, und ein Gläubiger, welcher mehrere Forderungen hat, doch nur einfach gezählt wird. Bei gleicher Personenzahl endlich soll für den Accord gesprochen werden; Heffter a. a. O. S. 351., Thibaut a. a. O. §. 1220., Schweppe System d. Concurses §. 17. Die in leg. cit. am Ende gebotene Rücksicht auf dignitas personarum scheint h. z. T. nicht praktisch; s. Dabelow a. a. O. S. 559., Heffter a. a. O., Happel a. a. O. §. 164.

Zu 6) Man hat sich hier in verschiedenen Berechnungsweisen versucht, Lauterbach Diss. cit. th. 21., v. Völderndorf Etwas v. Nachlaßverträgen §. 177. Das Vernünftigste scheint aber, von dem Gedanken an eine Mehrheit und folglich von Bestätigung des Accords ganz zu abstrahiren, indem ein Consens dann im Wesentlichen nicht vorhanden ist, wenn der Eine mehr verlangt, als der Andere; Heffter a. a. O. S. 351.

Zu 7) Die Meinung mancher Rechtslehrer, daß die Stimmen derjenigen Gläubiger, welche ihre Forderungen nicht sogleich klar machen können, beim Nachlaßvertrag gar nicht in Betracht kommen sollen, ist ohne Zweifel zu verwerfen. Ist die Einrechnung einer solchen Forderung für die Majoritätsberechnung präjudiciell, so muß den Dissentienten auf einer oder anderer Seite gestattet seyn, vorerst die Liquidität auszustreiten, ist aber der Fall so beschaffen, daß die zweifelhafte Forderung nirgend einen Ausschlag für die Majoritätsberechnung gibt, so wird sie mit Vorbehalt der Liquidmachung eingerechnet; Happel a. a. O. §. 180., Seuffert u. Glück a. a. O. Bd. I. S. 169.

Zu 8) Diese Frage wird sehr verschieden von den Rechtsgelehrten beantwortet. Mehrere behaupten, es könne sich kein Gläubiger von dem gegenwärtigen Vermögen des Schuldners lossagen, um sich an die Person des Schuldners und dessen künftiges Vermögen zu halten, weil sonst der Schuldner den Accord nicht eingehen könne und der Beschluß der Mehrheit vereitelt würde; Dabelow a. a. O. S. 562., Schweppe System des Concurses §. 21., Richter Aufsätze über verschiedene Rechtsfragen, gezogen aus Civilrechtssprüchen der höheren Gerichtsstellen im Königreich Würtemberg S. 244. Dieser Ansicht scheint die unrichtige Voraussetzung zum Grund zu liegen, als könnte ein solcher Gläubiger den Schuldner sogleich, nachdem der Accord mit den übrigen Gläubigern vollzogen ist, angreifen, allein wer sich sein Recht auf künftiges Vermögen vorbehält, muß ja alsdann neue Erwerbungen des Schuldners darthun, und auch da ihm noch den nothdürftigen Lebensunterhalt lassen. Es ist daher wohl denjenigen

Rechtsgelehrten beizustimmen, welche dem Gläubiger keinen Zwang auflegen, an der gegenwärtigen Masse, und nur an ihr, seine Forderung geltend zu machen, und sich folgbar auch dem Nachlaß zu unterwerfen; s. Kori Erörter. Bd. III. S. 118., Boehmer D. de pacto remissorio moto concursu §. 14., Happel Anleit. z. Verf. Conc. Proc. abzuw. §. 175., was auch Pfeiffer prakt. Ausf. Bd. III. S. 18. wenigstens unter der Voraussetzung zugesteht,*) daß ein solcher Gläubiger sich gar nicht zur Theilnahme an der Vermögensmasse, worüber der Nachlaßvertrag abgeschlossen wurde, gemeldet hat, und auch auf die nachherige Befriedigung aus dieser Masse oder irgend einem Theil derselben verzichtet. — Die Frage hat hauptsächlich in dem Fall ein praktisches Interesse, wenn entweder der Nachlaßvertrag ausdrücklich auf gänzlichen Erlaß für immer gerichtet, oder nach den Gesetzen diese Wirkung einem durch creditorische Mehrheit zu Stande gebrachten pacto remissorio schlechthin zuzuschreiben ist, wie wohl Mehrere dafürhalten; s. Thibaut System §. 1220., Dabelow a. a. O. S. 562. u. 575., Heffter a. a. O. S. 349., Schweppe a. a. O. §. 18., Linde Lehrb. d. Proc. §. 394. Anm. 6., Pfeiffer a. a. O. §. 3. S. 23., Mackeldey Lehrb. §. 765., Gönner zu Danz Grunds. d. summar. Proc. §. 166. Anm., Bayer Theorie des Concursproc. S. 117., s. jedoch dagegen die von Danz in den Grunds. d. summar. Proc. §. 124. Anm. l. angeführte große Zahl der Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung.**) Aus den römischen Gesetzen läßt sich ein solches Zwangsrecht bekanntlich in keinem Falle begründen***), und es widerstrebt sogar der Vernunft, der Mehrheit der gegenwärtigen Gläubiger zum Präjudiz Anderer eine Dispositionsbefugniß über künftige unbekannte Verhältnisse des Schuldners einzuräumen, bei welchen sie, wenn sie für immer abgefunden sind, nicht einmal ein Interesse haben, und über ein Ver-

---

*) Später jedoch nimmt er dieses Zugeständniß in Bd. VIII. S. 142. s. jurist. Ausführungen, wieder zurück.

**) S. auch Kori System d. Concursproc. §. 88. der 2. Aufl., welcher insbesondere in Beziehung auf die Gesetzgebung des Königreichs Sachsen ein Zwangsrecht der creditorischen Mehrheit, auch auf künftigen Vermögenserwerb zu verzichten, durchaus verwirft; Wagler de pactis remissoriis cum debitore obaerato §. 16., vorzüglich Berg jurist. Beobachtungen u. Rechtsfälle Th. IV. S. 351.

***) weil nämlich nach l. 7. §. 17. l. 8. l. 10. pr. D. 2. 14. — l. 58. pr. §. 1. D. 17. 1. nur bei dem überschuldeten Nachlaß eines Verstorbenen, der also nichts mehr erwerben konnte, von einem nothwendigen Nachlaßvertrag die Rede seyn konnte.

mögen, welches die Majorität ja doch nicht durch ihren Remiß dem Schuldner zuwenden kann, da es den Angriffen späterer Gläubiger immer Preis gegeben bleibt, und auch älteren unbekannt gebliebenen Gläubigern insofern nicht entzogen werden kann, als die Präclusion hier wie beim Concurs sich nicht über die gegenwärtige Masse hinaus erstreckt. Es ist überhaupt eine völlige Verkehrung des rechtlichen Gesichtspunktes, wenn man den rechtlichen Grund zum Nachlaßzwang immer in einem Interesse des Gemeinwesens für das Wohl des Gemeinschuldners sucht. Bei den Römern lag er ja umgekehrt vielmehr im Interesse der Gläubiger. Es lag nämlich bei einem verschuldeten Nachlasse in vieler Beziehung daran, daß derselbe nicht gänzlich verlassen bleibe, daß vielmehr Jemand sich mit der Repräsentation des Erblassers befasse, und seine Verhältnisse ordne. Lediglich um die Antretung der Erbschaft zu erleichtern, und also lediglich im wohlverstandenen Interesse der Gläubiger selbst ward der Stimmenmehrheit in dieser universitas ein entscheidendes Gewicht in der Nachlaßverhandlung beigelegt. Nach der späteren Einführung des beneficium inventarium war freilich jenem Bedürfniß, auf welches der gezwungene Nachlaß bei den Römern allein berechnet und beschränkt war, in anderer Weise gänzlich abgeholfen, und es wäre viel sachgemäßer gewesen, jene singuläre Vorschrift hierdurch als antiquirt zu betrachten, als ihre Sphäre noch zu erweitern. Es konnte nur zur Rechtsverwirrung führen, wenn man eine ganz specielle und nur für einen speciellen Fall gegebene Bestimmung auf Fälle ganz anderer Art übertrug, auf welche ebensowenig die Gedanken als die Worte des Gesetzgebers gerichtet waren. Er hatte, wie gesagt, seine Fürsorge nur dem Bedürfniß eines besonderen Falles, nämlich dem Verhältniß der Gläubiger eines verschuldeten Nachlasses zu dem durch das Gesetz oder den letzten Willen berufenen Erben zugewendet. Da war nun freilich das gänzliche Aufgeben des Mehrbetrags der Forderungen an den Verstorbenen ganz untrennbar von dem pactum remissorium, wie paßt dies aber auf die Schuldverpflichtungen eines Lebenden, der nicht sagen kann: mors omnia solvit! Die Praxis*) hat sich über

*) Keineswegs jedoch eine allgemeine Praxis. Die Herzogl. Nassauischen Gerichte und das O.-A.-Ger. zu Wiesbaden beschränken ganz richtig die Zulässigkeit gezwungener Nachlaßverträge lediglich auf den Fall einer insolventen Erbschaft; s. v. d. Nahmer Samml. d. merkw. Entscheidungen ꝛc. Bd. II. S. 244. Ebenso die Justizkanzlei in Hannover und das O.-A.-Ger., s. Spangenberg prakt. Erörter. Bd. I. S. 114. Nach Hamburgischen Statuten und nach Lübischem Recht findet kein Zwang bei Nachlaßverträgen statt; s. Happel

die hierin liegende Verletzung der absolutesten Rechtsprincipien l. 27. §. 4. D. 2. 14. — l. 74. l. 155. pr. D. 50. 17. — l. 39. D. 3. 5. — l. 1. C. 7. 60. leider nur zu häufig hinweggesetzt; wo es ihr aber an Rationabilität gebricht, sollte wohl der Grundsatz: non exemplis, sed legibus judicandum est überwiegen.

Zu 9) Bis zur förmlichen Concurseröffnung muß es jedem Gläubiger freistehen, seine Forderung so gut wie möglich zu validiren, und zwar umsomehr, als er ja auch den Schuldner an willkürlichen Dispositionen über sein Vermögen nicht hindern kann; v. Langenn und Kori Erört. prakt. Rechtsfr. Bd. II. S. 74.

Zu 10) Da in dem Umstand, daß der Schuldner accordirt, schon genug Grund liegt, für Sicherheit der Gläubiger zu sorgen, und in dieser Beziehung kein Gesetz der Mehrzahl der Gläubiger eine Entscheidung einräumt, so ist allerdings das Gericht berechtigt und verpflichtet, auf jeden die Sicherheit der Gläubiger bezielenden Antrag ohne weiteres einzugehen; Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. III. S. 8., Seuffert und Glück Blätter f. Rechtsanwendung Bd. I. S. 172.

---

a. a. O. §. 152, Mevius ad jus Lubec. Lib. III. tit. 1. Art. 13. Mit Unrecht führt Pfeiffer a. a. O. S. 22. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 168. 169. (§. 124. u. 125.) und Mackeldey Lehrb. §. 765. für die entgegengesetzte Meinung an, denn beide sprechen nur von dem Verhältniß des Erben zu den Erbschaftsgläubigern, und letzterer fügt noch ausdrücklich hinzu: „viele Rechtsgelehrte dehnen dies, wiewohl mit Unrecht, auch auf lebende insolvente Schuldner aus ꝛc." und Anm. f. „nach gemeinem deutschen Recht läßt sich diese Ausdehnung nicht rechtfertigen, sondern sie ist nur in den Ländern anzunehmen, wo sie durch besondere Landesgesetze oder Gerichtsgebrauch begründet ist. Damit stimmt überein Martin Lehrb. des gem. bürgerl. Proc. §. 325. (Ed. 10.) Andere nähern sich der richtigen Ansicht wenigstens an. So räumen Gebr. Overbeck Meditt. Bd. X. S. 74. dem Gemeinschuldner gar nicht, sondern nur den Mitgläubigern das Recht ein, die Minderzahl zum Nachlaß zu zwingen, und verwerfen besonders, wie auch Pfeiffer a. a. O. Bd. III. S. 6., die außergerichtliche Behandlung des Nachlasses und das einseitige Sammeln von Unterschriften, welche der Cridar von seinen Gläubigern beizubringen bemüht ist; Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. I. S. 152. statuiren keine Ausdehnung der in Rede stehenden singulären Bestimmung dahin: daß die Erklärung der Majorität, meliorem fortunam abwarten zu wollen, für die Minderzahl bindend sey, folglich muß im umgewandten Fall dasselbe gelten Verständige Gesetzgebungen der neueren Zeit verwerfen auf das Bestimmteste einen solchen Zwang, wonach es einem Gläubiger nicht einmal freistehen soll, auf die gegenwärtige Masse mit Vorbehalt besserer Glücksumstände des Schuldners zu verzichten; s. Königl. Sächsisches Banquerouteur-Mandat v. 20. Decbr. 1766. §. 17., K. Bayerisches Gesetz, einige Verbesserungen der Ger.-Ordn. betr. v. 17. Novbr. 1837. §. 70.

Zu 11) Da man allgemein darüber einverstanden ist, daß dem Gericht über jeden nothwendigen Nachlaßvertrag cognitio causae zusteht, l. 7. §. 19. D. 2. 14. so muß das Gericht auch berechtigt und verpflichtet seyn, Ueberschreitungen des Grunds und Zwecks des fraglichen höchst singulären, nicht einmal auf Gesetzen beruhenden, sondern nur durch die Praxis erzeugten Zwangsrechts nicht stattzugeben. Wie leicht könnten sonst ein paar reiche Verwandte des Schuldners, indem sie die Majorität bilden, die übrigen Gläubiger zu einem unverhältnißmäßigen Nachlaß zwingen, welcher den Gemeinschuldner unbillig auf Anderer Kosten bereichern würde; s. vorzügl. Lauterbach D. praejudiciale pactum remissorium majoris partis creditorum. th. 34. 35. 37. 38., Happel a. a. O. §. 148. 149. 165. ꝛc., Heffter im civilist. Archiv Bd. X. S. 350., Seuffert und Glück Bl. für Rechtsanw. Bd. I. S. 161. Der entgegengesetzten Meinung ist Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. VIII. S. 127., welcher Alles von dem Entschluß der Mehrzahl der Gläubiger unbedingt abhängig macht.

Zu 12) Da die Stimmenmehrheit der Gläubiger selbst entscheidet, so kann das remedium ex lege 2. C. 4. 44. wohl nicht Platz greifen; Dabelow Conc. d. Gläub. S. 326., Happel a. a. O. §. 169. u. 206. Betrug und Irrthum berechtigt hingegen zur Anfechtung des Nachlaßvertrags, z. B. wenn ein beträchtlicher Vermögensgegenstand bei der Aufzeichnung des schuldnerischen Vermögens nicht bekannt gewesen wäre, s. Happel a. a. O. §. 210., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 18. tit. 4. §. 10. oder wenn sich ergibt, daß einzelnen Gläubigern durch geheimen Vertrag höhere Procente zugesichert wurden; Seuffert und Glück a. a. O. Bd. I. S. 173.

Zu 13) Gegen einen unter gerichtlicher Bestätigung errichteten Nachlaßvertrag würde das beneficium restitutionis nicht geltend gemacht werden können, weil derselben immer eine cognitio causae zum Grunde liegt; l. 11. §. 3. l. 24. §. 1 l. 44. D. 4. 4.

§. 230.

b) Stundungsvergleich*) und Moratorium.**)

1) Wird zur gerichtlichen Bestätigung eines bloßen Stundungs- oder Fristenvergleichs auch gefordert, daß der Schuldner unverschuldet in temporäres Zahlungsunvermögen gerathen sey, desgleichen
2) daß er für die künftige Erfüllung seiner Verbindlichkeiten Sicherheit aufrecht mache?
3) Ist ein solcher Vergleich für die Gläubiger ohne Unterschied zwischen Hypothekanten und Chirographarien vermöge der Stimmenmehrheit verbindend? und kann dessen Bestätigung auch gegen den Willen der Mehrheit stattfinden?
4) Kann auch bei einem erst nach erfolgter Concurseröffnung in Antrag gebrachten Stundungsvergleich der Mehrheit der Gläubiger ein Zwangsrecht gegen die Minderzahl eingeräumt werden?
5) Welche Forderungen sind von der Wirksamkeit des Moratoriums befreit?

---

*) Häufiger noch als für Nachlässe kann für Stundungs- oder Fristenbewilligungen das wohlverstandene und durch die Mehrheit geltend zu machende eigene Interesse der Gläubiger entscheiden, auch kann durch angemessene Bedingungen das Interesse, welches der Staat an der Erhaltung der Familien nimmt, mit der nöthigen Schonung der Privatrechte füglich vereinbart werden.

**) Auch da, wo Moratorien nicht, wie in mehreren Ländern, z. B. Frankreich, Preußen, Kurhessen, im Königreich Sachsen, Großherzogthum Baden, Herzogthum Braunschweig u. a. m. aus unverwerflichen Gründen gänzlich aufgehört haben, Gnadensache zu heißen und zu seyn, s. Mittermaier im civil. Archiv Bd. XVI. S. 450., sind dieselben doch immerhin in Beziehung auf die Reichspolizeiordn. v. J. 1577. rechtlichen Grenzen unterworfen. Das Indult setzt gewöhnlich voraus: unverschuldeten Vermögensverfall und redliche Handlungsweise, ein durch glaubhafte Darlegung und Schätzung erwiesenes positives Uebergewicht des, jedoch ohne Einrechnung streitiger Activen (Muhl von Moratorien S. 47.) zu berechnenden, Vermögens über die Schulden, verbunden mit der wahrscheinlichen Aussicht, daß die temporären Hindernisse der Flüssigmachung der nöthigen Zahlungsmittel bis zum Ablauf des Indults, welches höchstens auf 3 Jahre ertheilt zu werden pflegt, sich werden beseitigen lassen, endlich die dafür zu constituirende Sicherheit (l. 4. C. 1. 19.), welche auch durch eine den Schuldner beschränkende creditorische Concurrenz in der Vermögensverwaltung bewirkt werden kann; Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 372., Koch R. d. Ford. Bd. I §. 39.

6) Kann ein Schuldner, welcher in seinem ausgestellten Schuldbrief im Allgemeinen auf alle Rechtswohlthaten und Einreden verzichtet, oder selbst speciell die Ausbringung eines Indults sich begeben, oder auch sich eidlich zur Abtragung seiner Schuld zur Verfallzeit verpflichtet hat, seinem Gläubiger gegenüber noch ein Moratorium erlangen?
7) Ist das Moratorium auch gegen eine judicatsmäßige Forderung, für welche vor dessen Ertheilung schon die Execution erkannt war, wirksam?
8) Hemmt das Moratorium auch die laufenden Capitalzinsen?
9) Ist der Gläubiger, welcher zugleich Schuldner des Impetranten ist, durch das Moratorium an der Compensation verhindert?
10) Kommt das Moratorium auch den Erben des Impetranten zu Statten?
11) auch den Bürgen?
12) Muß die im Moratorium bestimmte Zeitbewilligung von den Gläubigern auch dann abgewartet werden, wenn der Schuldner schon früher zu besseren Glücksumständen gelangt?

Zu 1) Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. III. S. 10., Bd. IV. S. 63. betrachtet dies nicht als nothwendiges Erforderniß, die Entstehung der Indulte weist gleichwohl nach Inhalt der vormaligen Reichsgesetze darauf hin, s. R.-P.-O. v. J. 1577. §. 4., und wird daher mit Recht von vielen Rechtslehrern behauptet; Mackeldey Lehrb. §. 765., Happel Anl. z. Verf., Concursproc. abzuwend. §. 62., Kleinhans D. de moratorio et speciatim pacto dilatorio. Marb. 1759. §. 41.

Zu 2) Auch das Erforderniß der Nachweisung genügender Sicherheit stellt Pfeiffer a. a. O. in Abrede, hat aber die gemeine Meinung gegen sich, welche sich auch auf l. 4. C. de prec. imp. offer. (1. 19.) gründet, indem die völlige Identität des Grundes die analoge Behandlung der Stundungsvergleiche mit den Moratorien rechtfertigt, und nicht angenommen werden kann, daß dem Gericht, welches bei jenen causae cognitionem auszuüben hat, mehr Willkür dabei eingeräumt werden solle, als dem Landesherrn selbst, s. Bayer Concursproceß §. 36., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 99. Anm. 26.

Zu 3) Es kann wohl nur particularrechtlich gerechtfertigt werden, wenn Pfeiffer a. a. O. Bd. IV. S. 68. anzunehmen geneigt

scheint: sowie bei dem Nachlaßvergleich die chirographarischen nicht den hypothekarischen Gläubigern präjudiciren können, so könnten beim Stundungsvergleich die hypothekarischen Gläubiger nicht den chirographarischen präjudiciren. — Da in Bezug auf Befristung das Rechtsverhältniß der einen und der andern gleich ist, so wird insgemein nach l. 8. C. 7. 71. angenommen, daß die Mehrheit ohne Unterschied zwischen bevorzugten und gemeinen Gläubigern entscheide, Bayer Theorie des Concursproc. §. 37., v. Quistorp rechtl. Bemerk. Th. II. S. 234., und die Praxis*) bestätigt selbst die richterliche Befugniß, auch gegen den Willen des Gläubigers dem Schuldner mäßige Fristen zu gestatten, wenn er auf ein Mal zu zahlen außer Stande ist, und der Gläubiger durch einige Nachsicht keinen Schaden leidet; v. Quistorp a. a. O. Th. I. no. 33., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. I. S. 325. Bd. IX. S. 112., Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. IV. S. 61., Mevii Dec. P. III. dec. 235. P. V. dec. 103., Leyser Sp. 12. med. 4., Claproth ordentl. Proceß §. 407., Cramer Obs. jur. univ. T. II. obs. 533.

Zu 4) Schweppe System des Concurses §. 11. behauptet zwar: der Umstand, daß der Concurs schon eröffnet ist, ändert an der nothwendigen Befristung nichts. Das Gesetz, l. 8. C. 7. 71., statuirt aber die Wohlthat der Stundung nur als Mittel, um den Concurs abzuwenden und die cessio bonorum zu vermeiden. Spangenberg in Linde's Zeitschr. Bd. VI. S. 235. findet es daher bedenklich, die juristische Anomalie, welche in jenem Zwangsrecht liegt, weiter auszudehnen. Ohnedies wird es nach einmal erkanntem Concurs immer an dem — wenigstens nach der herrschenden Meinung — wesentlichen Erforderniß der Vermögens-Sufficienz und der zu gewährenden Sicherheit mangeln.

Zu 5) Außer den bekannten und unbestrittenen Ausnahmen für Alimente, s. Boehmer de literis respiratoriis in Exerc. ad Pand. T. III. Ex. 46. pag. 159., Happel a. a. O. §. 42., laufende Mieth- und Pachtgelder, Boehmer l. c. pag. 196., Gesindelohn, Erziehungs- und Unterrichtskosten der Kinder, Arztlohn, Gebühren der Sachwalter, Taglohn der gemeinen Handarbeiter und Handwerker, Boehmer l. c. §. 13., Voet Comm. ad Pand. Lib. XLII. tit. 3. §. 19. etc., öffent-

*) Ob diese in Gesetzen begründet sey, läßt sich, wenn man die Bestimmungen des J. R.-A. (1654.) nur als temporär bezüglich der durch den 30jährigen Krieg herbeigeführten allgemeinen Calamität betrachten darf, mit Grund bezweifeln; s. v. Berg jurist. Beobacht. u. Rechtsf. Bd. IV. S. 245.

liche Lasten, Vindicationen, Forderungen ex Deposito vel commodato, alle nach dem Moratorium erst entstandenen Forderungen, pia corpora, insofern sie durch Entbehrung ihre Zwecke zu erfüllen außer Stande wären, s. Dabelow vom Concurs S. 503., sowie Arme und personae miserabiles findet man hie und da noch andere Ausnahmen aufgestellt; z. B. wenn ein Brautschatz versprochen worden ist, oder der Schuldner Studirkosten zu bezahlen hat, Delictsobligationen, Wechselschulden*) und Forderungen der milden Stiftungen ohne Unterschied. Diese Ausnahmen scheinen aber den Gerichtsgebrauch nicht für sich zu haben; s. Dabelow a. a. O. S. 564., Muhl von Moratorien S. 169., Happel a. a. O. §. 37—53.

Zu 6) Zwar gehören Moratorien dem öffentlichen Rechte an, familias enim conservari reipublicae interest, und diesem kann durch pacta privatorum nicht derogirt werden; allein bei der Beurtheilung und Anwendung in concreto, wo es zunächst einer Individualität gilt, über welche dem Staate keine Vormundschaft zusteht, wird dem speciellen Verzicht des Individuums seine Wirkung wenigstens insolange nicht abgesprochen werden können, als nicht unvorhergesehene, außerordentliche, allgemeine Calamitäten**) den Landesherrn zum Gebrauch seines schönen Vorrechts auffordern, Mißverhältnisse, welche aus starrer Handhabung des strengen Rechts entstehen mußten, auszugleichen. Auch unter den französischen Schriftstellern scheint die Ansicht überwiegend, daß ein specieller Verzicht dem Recht des Richters, Zahlungsfristen zu gestatten, derogire; Mittermaier im civil. Archiv Bd. XVI. S. 454. Auch unter unseren Rechtsgelehrten findet man gegen die abweichende Meinung von Struv, Hartleben, Pufendorf, Muhl von Moratorien §. 99., Happel a. a. O. Abschn. I. §. 52., Koch R. d. Forder. Bd. I. S. 395., Schweppe System des Concurses §. 13. nicht minder stattliche Autoritäten für unsere Ansicht; Walch controv. jur. civ. pag. 786. (Ed. 3.), Stryck D. de abusu rescr. moratorii cap. 11. §. 9., Boehmer D. de literis respirat. cap. 3. §. 14., Leyser Sp. 12. med. 1., Schüler D. de eo, quod justum est in induciis moratoriis §. 30., Freudenberg de rescript. morat. Tit. 7. concl. 27. no. 1. Der Grundsatz der restrictiven Auslegung

---

*) Die Preußische allgem. Ger.-Ordn. Thl. I. Tit. 47. §. 97. nimmt kaufmännische Wechsel vom moratorium aus.

**) Von solchen Fällen sagen die in Moser's deutschem Staatsrecht Th. IV. S. 396. und Th. V. S. 1024. angeführten Reichshofraths-Gutachten, daß den geschehenen Renunciationen von Kaiserlicher Machtvollkommenheit derogirt werden könne.

gestattet übrigens nicht, in einem blos generellen Verzicht aller Rechtswohlthaten und Einreden auch den Anspruch auf ein landesherrliches Indult für inbegriffen zu erachten; s. Muhl a. a. O. §. 96., Claproth jurispr. heurem. Sect. 1. §. 41., Stryck de cautel. contr. Sect. 1. cap. 5. §. 2., Mevius de levam. inopiae debitor. cap. 9. no. 15—23., Leyser Sp. 12. med. 2. Gegen ein eidliches Zahlungsversprechen soll nach der Meinung Mehrerer die Rechtswohlthat des Moratoriums nicht zu Statten kommen, s. Mevius l. c. cap. 9. no. 103. und andere bei Muhl von Moratorien §. 93. Anm. 238. angeführte Schriftsteller; gleichwohl hat auch die Meinung ihre Vertheidiger, daß ein eidliches ebenso wie jedes andere Versprechen, zur Verfallzeit zu zahlen, allemal voraussetzt, daß man ohne seinen gänzlichen Ruin dazu im Stande sey; Boehmer D. de lit. resp. cap. 3. §. 14., Mevii Diss. cit. cap. 9. no. 105—114., Schüler Diss. cit. §. 47.

Zu 7) Mehrere entscheiden verneinend; Boehmer l. c. cap. 3. §. 2., Mevius l. c. cap. 5. no. 157., Schöne D. de induc. morat. th. 29., Faber ad Cod. Lib. I. tit. 9. Def. 4., Anselm D. de eo, quod extremum actum judicialem seu executionem sistit et differt. §. 7., Leyser Sp. 12. med. 3. Ihr Grund ist, daß die exc. rei jud. alle exceptiones juris ausschließe, und insbesondere die Kaiser in l. 3. C. de prec. imperat. offer. (1. 19.) — l. 3. C. sentent. rescindi non posse (7. 50.) verboten haben, wider eine rechtskräftig entschiedene Sache angerufen zu werden. Deswegen glaubt insonderheit Leyser l. c. nur dann, wenn der Landesherr die Ertheilung des Moratoriums ausdrücklich auf die entschiedene Sache erstreckt hat, von seiner verneinenden Meinung abgehen zu können. Dabei ist aber doch wohl — wie Dabelow v. Conc. S. 503. bemerkt — übersehen, daß nicht von Aufhebung eines rechtskräftigen Erkenntnisses, sondern nur von der Execution und deren Aufschub die Rede ist. Es wird daher nur soviel zugegeben werden können, daß ein Moratorium nicht vermöge, bereits erwirkte Executionsmaßregeln aufzuheben. Nur solche Fälle, z. B. einer bereits vollzogenen Immission, sind es auch, wo die bei Cramer Obs. 459. und in Moser's deutsch. Staatsr. Th. IV. Bd. 2. Kap. 65. §. 14., s. Muhl von Moratorien §. 85., angeführten reichsgerichtlichen Erkenntnisse der Wirksamkeit des Moratoriums eine Grenze gesetzt haben.

Zu 8) Die Meinungen hierüber sind sehr verschieden. Vitriarius Inst. jur. publ. Lib. 3. tit. 2. §. 31. sagt: Usurae non currunt, sed mortificantur, quia alias parum prodesset Principis privilegium, si usurae tandem in summa a debitore exsolvendae forent. Andere behaupten

jedoch, die Zinsen könnten zwar während der Dauer des Moratoriums nicht gefordert, müßten aber beim Ablauf desselben bezahlt werden; Walch controv. jur. civ. pag. 783. (Ed. 3.), Gmelin und Elsässer gemeinnützige jurist. Beobachtungen rc. Th. II. S. 131. Allein mit mehr Recht läßt sich wohl behaupten, daß die erst nach ertheiltem Moratorium erwachsenen verabredeten Zinsen so wenig als alle nachherigen Schulden*) vom Moratorium berührt werden können, mithin auch während dessen Dauer die laufenden Zinsen bezahlt werden müssen;**) J. R.-A. (1654.) §. 174., Schweppe Syst. d. Conc. §. 13., Dabelow a. a. O. S. 505., Leyser Sp. 12. med. 6. corr. 1., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 371., Glück Thl. XXI. S. 69., Chladenius de rescr. morat. cursum usurarum non sistentibus, Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. Med. 75. Gewöhnlich wird wohl das Indult selbst die angemessenen Bestimmungen enthalten; Happel a. a. O. §. 56.

Zu 9) Das Moratorium hemmt nur die Klagen, nicht die Exceptionen; Schweppe a. a. O. §. 13. und dessen röm. Privatr. Bd. III. S. 585. Anm. 4., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. S. 158. (§. 113.). Literae moratoriae impediunt actionem, non compensationem; Leyser Sp. 12. coroll. 2. Non enim qui petere prohibitus est, prohibitus est retinere — nec impedit compensatio debitum effectum moratorii, qui est, quod debitor securus reddatur a molestissima creditorum inquietatione et exactione, quae hic remota est, cum debitor ad solvendum non adstringatur; Boehmer D. de lit. resp. cap. 3. §. 3., Dabelow a. a. O. S. 502., Voet Comm. ad Pand. Lib. 16. tit. 2. §. 9., A. Faber ad Cod. Lib. 1. tit. 9. Def. 13. Doch soll dieses nicht in fraudem privilegii ausgeübt werden, wie dadurch geschähe, wenn ein Gläubiger seine Forderung einem Schuldner des Schuldners cediren, oder wenn der Gläubiger die Schuld eines

*) Puchta Pand. §. 242. lehrt zwar: „es besteht kein Grund, die Wirkung dieser Concession auf die zur Zeit ihrer Ertheilung schon vorhandenen Gläubiger zu beschränken"; allein wir möchten behaupten, es bestehe sogar eine praktische Nothwendigkeit und auch die wirkliche Rechtspraxis dafür; Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 397., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 182. (§. 142.), Thibaut Syst. §. 1221., der älteren Ausgaben, Happel a. a. O. §. 74.

**) Glück Thl. XXI. S. 69. läßt auch die Verzugszinsen während des Moratoriums fortlaufen, was doch wohl gegründetem Bedenken unterliegt, da deren Rechtsgrund mit Ertheilung des Moratoriums aufhört; s. die eigenen Citate Glück's a. a. O. Anm. 14. und Sintenis Civilr. Bd. II. §. 91. Anm. 29.

Dritten an den Schuldner titulo singulari willkürlich an sich bringen würde, und den sie nun an ihn fordernden Gläubiger mittelst Gegenrechnung seiner eigenen Forderung abweisen wollte; s. Koch R. d. Forder. Bd. I. §. 39. Manche Rechtslehrer glauben, in Beantwortung der aufgestellten Frage einen Unterschied beobachten zu müssen, ob die gegenseitigen Forderungen schon vor Erlangung des moratorium fällig waren, welchenfalls die Compensation gar keinem Anstand unterliegen kann — oder ob die Forderung, mit welcher die Compensation gegen den mit einem moratorium versehenen Gläubiger geltend gemacht werden will, erst nach diesem moratorium fällig geworden ist. Im letzteren Falle soll nach Thibaut System §. 677. (Ed. 8.) und Braun Dictaten §. 998. der mit einem moratorium versehene Gläubiger seine Forderung an den, welchem er schuldig ist, gleichwohl prosequiren und diesen dagegen nöthigen können, seiner Forderung halber den Ablauf des Moratoriums abzuwarten; denn durch das Moratorium sey die Forderung des Letzteren eine betagte geworden, und mit dieser könne man eine unbetagte nicht durch Compensation aufheben. Gegen diese überspannte Folgerung hat sich vorzüglich Neustetel in s. u. Zimmern röm. rechtl. Untersf. Bd. I. no. 12. erklärt, indem er die Prämisse, daß das Moratorium die Forderung des Andern zur betagten mache, für falsch erklärt. Er geht nämlich von dem Gesichtspunkte aus: über ein materielles Recht habe der Regent keine Gewalt, ein einmal zur Existenz gekommenes Recht in ein nicht existirendes zu verwandeln, stehe nicht in seiner Macht, er könne blos als vollziehende Staatsgewalt die Ausübung des Richteramtes binnen einer gewissen Frist aus gesetzmäßigen Gründen hemmen, cf. l. 16. §. 1. D. 16. 2., aliud est enim, diem non venisse, aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutioni. Damit sind auch wohl die meisten Rechtsgelehrten einverstanden, auch ist die von Thibaut in der 8. Ausg. seines Systems §. 677. S. 198. aufgestellte Meinung in der 9ten Ausg. von Buchholtz (§. 607.) S. 506. widerrufen, vergl. Krug Lehre v. d. Compensation §. 39., Hartter in Linde's Zeitschr. Bd. XIX. S. 143., und vielmehr anerkannt, daß nach l. 16. §. 1. D. 16. 2. dem, welcher einen Anstandsbrief erhielt, die exc. compens. sowohl wegen einer vor, als einer nach dem Anstandsbriefe fällig gewordenen Forderung entgegengesetzt werden könne.

Zu 10) Das Moratorium kommt als ein ganz persönliches Privilegium den Erben nicht zu Gute, um die noch übrige Zeit sich zu Nutze zu machen, sie müßten also für sich erst ein Moratorium nachsuchen; Lauterbach D. de beneficio rescr. moratorii cap. 6.

§. 31., Boehmer Exerc. ad Pand. T. III. pag. 179., Dabelow a. a. O. S. 173., Schweppe Syst. d. Concurses §. 13., Happel Anl. z. Ver., Conc.=Proc. abzuw. §. 76.

Zu 11) So sehr diese Frage streitig ist, so scheint doch wenigstens darüber kein Zweifel obzuwalten, daß für den Bürgen das Moratorium nicht unmittelbar wirksam werden könne, und daß, wenn er auf das beneficium excussionis verzichtet hat, ihm auch nicht einmal indirect eine Befreiung auf die Dauer des dem Hauptschuldner ertheilten moratorium zu Theil werden könne. Dagegen ist es sehr zweifelhaft, ob derjenige Bürge, welchem der Gebrauch des benef. excussionis unbezweifelt zusteht, den Gläubiger, dessen Klagrecht gegen den Schuldner durch das Moratorium fixirt ist, auch von seiner Person abweisen könne. Diejenigen, welche ihn dazu für berechtigt halten, stützen sich auf den Satz: der Gläubiger könne den Bürgen nicht angreifen, so lange ihm noch in der Klage gegen den Hauptschuldner dilatorische Exceptionen entgegenstehen, worunter die exc. moratorii gehöre, und man könne diesen Fall nicht denjenigen Fällen gleich stellen, wo das benef. excuss. deswegen wegfallen soll, weil gegen den Schuldner durch seine Entfernung oder andere Umstände die Rechtsverfolgung besonders erschwert ist. Auch scheine das Bedenken, daß auf diese Weise Zweck und Absicht der Bürgschaftsbestellung sehr verfehlt würde, von keiner sonderlichen Erheblichkeit zu seyn; denn der Gläubiger, welcher sich einen Bürgen stellen läßt, ohne diesem die Entsagung des benef. excuss. zur Obliegenheit zu machen, könne unmöglich beabsichtigen, durch die Bürgschaft schneller, sondern nur sicherer zu dem Seinigen wieder zu gelangen, die Sicherheit aber werde durch das Moratorium nicht vermindert; Dabelow a. a. O. S. 175., Happel a. a. O. §. 69—71., Frick D. de exc. literarum respirationis et vel debitoris fidejussoribus proficua. Helmstad. 1779., Hartleben Medit. ad Pand. Sp. 15. med. 7., Schlör vindiciae veritatis, fidejussorem obtento a debitore principali rescripto moratorio a creditore conveniri non posse. Mogunt. 1782., Boehmer l. c. cap. 2. §. 11., Busch de exc. morator. §. 22., Finkelthaus de morator. praescript. th. 17., Thibaut System §. 1221. der älteren und §. 609. der 8. Ausg. Dagegen kommt aber freilich in Betracht, daß der Inhalt und Zweck der Bürgschaft auf Erfüllung der Verbindlichkeit in ihrem ganzen Umfange, somit auch nach Zeit und Ort und sonstigen Bedingungen, welche dem Gläubiger von großer Wichtigkeit seyn können, gerichtet ist, wovon sich der Bürge nicht losmachen kann, wenn nicht auch er ein Moratorium als streng an die Person

gebundenes Privilegium für sich erlangt. Daraus, daß ihm die rechtlichen Einreden des Schuldners gleichfalls nützen,*) folgt nicht, daß er auch eines Privilegiums desselben theilhaftig würde. Es scheint auch das, was in §. 4. J. 4. 14. darüber gesagt ist, daß nicht alle dem Hauptschuldner zustehenden Exceptionen auch vom Bürgen geltend gemacht werden können, hierher anwendbar. Zwar ist es dort nur bezüglich des benef. cessionis bonorum gesagt: haec exceptio fidejussoribus non datur: ideo scilicet, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis, quos pro eo obligavit, suum consequi. Aber auch abgesehen davon, daß eine analoge Anwendung auf den Fall eines moratorium so ganz nahe liegt, Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 345. lit. d., Walch controv. jur. civ. pag. 579., so steht doch unstreitig die Einrede der Vorausklagung dem Bürgen alsdann nicht zu, wenn der Hauptschuldner nicht vor das Gericht gestellt werden kann, insbesondere wegen Abwesenheit desselben; Nov. 4. c. 1. Es ist aber in der Wirkung einerlei, ob der Schuldner durch Abwesenheit oder auf andere Weise die Möglichkeit, gegen ihn zu klagen, verhindert oder erschwert; l. 23. §. 4. D. 4. 6.**) Der Bürge kann also die Vorausklagung des Hauptschuldners nicht verlangen, wenn diese nicht möglich ist. So kann z. B. der in Abwesenheit des Hauptschuldners verklagte Bürge nur begehren, daß ihm eine mäßige Frist gestattet werde, um den Hauptschuldner herbeizuschaffen, und kann er dies nicht, so muß er den Gläubiger gegen Abtretung der Klagen wider den Hauptschuldner befriedigen; Nov. 4. c. 1., cf. Auth. ad l. 3. Cod. de fidejussoribus 8. 41. Damit ist es denn doch wohl nicht in Einklang zu bringen, daß der Gläubiger 5 Jahre lang kein Gehör gegen den Bürgen finden soll, wenn der Hauptschuldner so lange durch das Indult gedeckt ist. Ueberwiegend ist daher wohl die Meinung, daß das Moratorium des Schuldners den Gläubiger an der Einklagung des Bürgen nicht hindern könne; s. vorzügl. Voet Comm. ad Pand. Lib. 42. tit. 3. §. 19. u. Lib. 46. tit. 1. §. 18., Schweppe Conc. d. Gläub. §. 13.,

*) Was aber, so allgemein gesagt, gar nicht richtig ist; vergl. im besondern Theil des Obligationenrechts Kap. XVIII. B. d. Bürgschaft, zu Fr. 11. u. 13.

**) Voet Comm. ad Pand. Lib. 42. tit. 3. §. 18. utrum enim principalis debitor absens sit, et propterea conveniri nequeat, an vero praesens non faciat secum agendi potestatem, moratoria opposita praescriptione, quid quaeso refert? dum utique expeditum est, non minus in uno quam altero casu creditori deesse debitoris excutiendi facultatem; vergl. im besondern Theil des Obligationenrechts a. a. O.

Walch controv. j. c. pag. 579. (Ed. 3.), v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 182. (§. 142.), Schüler Diss. cit. §. 89., Menoch de arbitrariis judicum quaestionibus L. II. Cent. 3. cas. 203. no 26., Kleinhans D. de moratoriis §. 88., Homborg D. de lit. morat. cap. 5. §. 34., Mühlenbruch D. de jure ejus, cui actionibus cessit creditor. Rostock 1813. pag. 46., Schmid de fidejussore principaliter obligato. pag. 126., Buchner Beweis, daß das einem Schuldner ertheilte Moratorium denen Bürgen nichts nütze. Götting. 1780., Boehmer D. de liter. respirat. cap. 2. §. 11. in Exerc. ad Pand. T. III. pag. 180. Einen Mittelweg hat die K. Preuß. Gesetzgebung eingeschlagen, indem sie zwar in der Gerichts-Ordn. Tit. 47. §. 114. dem Bürgen, welcher der Wohlthat der Vorausklagung sich nicht ausdrücklich begeben hat, den Schutz des dem Hauptschuldner ertheilten Indults gleichfalls angedeihen läßt, aber im Landr. Th. I. Tit. 14. §. 299. denselben alsdann hinwegfallen läßt, wenn dem Hauptschuldner ein längerer als einjähriger Indult verstattet worden ist; Koch d. R. d. Forder. Bd. I. §. 39., Bielitz Commentar zum allgem. Landr. Bd. III. S. 472. §. 299.

Zu 12) Man kann wohl mit Recht behaupten, daß die Wirksamkeit des Indults zugleich mit der rechtlichen Voraussetzung desselben cessiren müsse, und daß der Schuldner, welcher dennoch auf dasselbe provociren wollte, ebenso dolos handeln würde, als wenn er anfänglich schon falsche Prämissen untergeschoben hätte; Happel zu Fr. 10. cit. §. 58., Schüler l. c. §. 97., Lauterbach D. de benef. rescr. morat. cap. 7. §. 38., Mevii Disc. levaminum inop. debit. cap. 8. no. 75. Räthlich ist es jedoch, daß bei Ertheilung des moratorii Vorsehung für diesen Fall getroffen werde.

---

§. 231.

c) Rechtswohlthat der Competenz.*)

1) Findet die dem Gesellschafter gegen die act. pro socio eingeräumte Competenzwohlthat nur bei der societas omnium bonorum statt?

---

*) Wenn hier von dem s. g. beneficium competentiae ex jure tertii (Hellfeld D. de beneficio competentiae proprio aeque ac ex tertii jure Opusc. no. 25., v. Quistorp rechtl. Bemerk. Th. I. S. 161., Dabelow

2) Unbestritten steht dem Ehemann,*) welcher auf Restitution der dos belangt wird, und auch noch seinen Kindern, l. 18. pr. D. 24. 3., die Rechtswohlthat der Competenz zu, des-

Lehre v. Conc. S. 508., Thibaut Syst. §. 662. und Braun Dictaten §. 107.) nicht mehr die Rede ist, so rechtfertigt sich dies durch das von den meisten neueren Schriftstellern darüber ausgesprochene Verwerfungsurtheil, v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 37. (§. 23.), Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 60. §. 395., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. I. §. 154., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 174. Man hat es — sagt Puchta Pand. §. 245. — auf ein Recht des Unterhaltgebers, zu fordern, daß seinem Alimentirten der Unterhalt nicht entzogen werde, gründen wollen. Ist aber der Alimentator unbedingt (wenngleich ex causa donationis) zur Verabreichung der Alimente verpflichtet, so steht ihm ein solches Recht nicht zu, Struben rechtl. Bed. Bd. I. no. 7., und hat er ein Recht, über seine Alimentenreichung wie immer zu verfügen, so kann man dies nicht als Competenzbenefizium behandeln. Ebensowenig wird mehr von einem besonderen benef. ejurationis und damit verbundener Competenzwohlthat, welches auf die nicht glossirte Nov. 135. gegründet werden wollte, die Rede seyn; s. dagegen Bethmann-Hollweg Handb. d. Civilproc. Bd. I. §. 31., v. Vangerow a. a. O., Puchta a. a. O. §. 243. u. 245. — Ueber die theoretische Streitfrage, ob die condemnatio in quantum facere potest und das benef. competentiae verschiedene Benefizien seyen, oder nicht? s. Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 380. Anm. d., Schömann Handb. d. Civilr. Bd. II. S. 5., Thibaut civil. Abhandl. no. 16., Puchta Pand. §. 244., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 174. und die dort angeführten Schriftsteller [ferner Arndts Pand. §. 225. Brinz Pand. I. S. 545., Heimbach i. Rechtslexikon I. S. 887.]; vergl l. 19. §. 1. D. 42. 1. Uebrigens ist über die Rechtswohlthat der Competenz zu vergleichen die Tübinger kritische Zeitschr. Bd. IV. S. 76.

Als bekannt kann vorausgesetzt werden, in welchen Fällen durch das persönliche Verhältniß zwischen Schuldner und Gläubiger, und in welch anderen durch die Beschaffenheit des obligatorischen Verhältnisses oder auch durch besondere Eigenschaften des Schuldners diese auch noch in stadio executionis, s. Glück Thl. XIV. S. 300., Schweppe a. a. O. Bd. III. §. 395., zulässige Rechtswohlthat unbestritten begründet ist, l. 16. 17. 20. 21. 22. 30. D. 42. 1. — l. 63. D. 17. 2. — l. 173. D. 50. 17., daher im Text nur die zweifelhaften Fälle berührt werden. Communio incidens (s. Bd. II. S. 193. Fr. 11.) gewährt keinen Anspruch auf Competenz; Brinkmann wissenschaftl. Rechtskunde Bd. I. S. 165.

*) Bestritten ist zwar, ob das benef. comp. dem Ehemann auch nach getrennter Ehe noch zustehe, was Heimbach im Rechtslex. Bd. I. S. 882. verneint, aber allerdings zu bejahen ist; denn dasselbe ist ja in l. 20. D. 42. 1. gegen die dotis actio eingeräumt, welche doch regelmäßig erst nach getrennter Ehe stattfand, und indem dem Ehemann das benef. comp. nur bei Obl. ex delicto versagt ist, l. 21. §. 6. D. 25. 2., muß man wohl zugestehen: exceptio firmat regulam in casibus non exceptis; cf. l. 52. D. 42. 1. Nur dem Schwiegervater ist gegen den auf die versprochene dos klagenden Schwiegersohn

gleichen dem promissor dotis, wenn es der Schwiegervater ist; ob aber auch dem extraneus dotis promissor?

3) Steht das benef. comp. blos den Eltern gegen die Kinder, oder umgekehrt auch den Kindern gegen die Eltern zu?

4) Haben Soldaten, Geistliche, Adelige, Vasallen, Doctoren der Rechte, Städte und Gemeinheiten, Kirchen und Klöster darauf Anspruch, desgleichen die durch Kriegsunglück verarmten Bürger?

5) Ist bei Bestimmung der Competenz auf standesmäßigen Unterhalt zu sehen? welcher Unterschied findet bei Berechnung des in quantum quis facere possit statt, je nachdem aus einer Schenkung oder aus einer andern Obligation geklagt ist?

6) Wodurch wird dieses beneficium ausgeschlossen?

7) Ist der Gläubiger durch dasselbe auch in seinem Anspruch gegen den Bürgen beschränkt?

8) Wenn behauptet wird, daß dem Gemeinschuldner die Competenz in dem nach der cessio bonorum neu erworbenen Vermögen zukommt, ist dies nur von dem nach Beendigung des Concurses, oder auch schon nach bereits erfolgter Concurseröffnung erworbenen Vermögen zu verstehen?

9) Können solche Gläubiger, welchen die exc. competentiae nicht entgegensteht, sich an dasjenige halten, was die anderen dem Schuldner übrig lassen mußten?

10) Daß der Gemeinschuldner die Gläubiger seines ersten Concursus mit der Einrede der Competenz von dem ihm später angefallenen oder erworbenen Vermögen, insoweit es nur seinen Lebensunterhalt deckt, zurückweisen kann, ist zwar unbezweifelt; steht ihm dies aber auch gegen seine neuen Gläubiger zu, insbesondere wenn er zum zweiten Male in Concurs verfällt?

11) Kann auch ein Schuldner, welcher auf die Wohlthat der Competenz verzichtet hat, noch auf dieselbe provociren?

12) Kann der Schenker die ihm zustehende Competenzwohlthat

---

das benef. comp. auf die Dauer der Ehe beschränkt, l. 21. l. 22. pr. D. 42. 1., Seuffert u. Glück Bl. f. R.-A. Bd. II. S. 389. Bd. XII. S. 491. Dolose Beschädigung der Frau macht übrigens den Ehemann des beneficii unwürdig; s. Glück Thl. XXVII. S. 359.

blos gegen den Beschenkten, oder auch gegen einen Dritten, auf welchen die Forderung übergegangen ist, geltend machen?

Zu 1) Während hier zwei Gesetzstellen auffallend von einander abweichen, mußte unter den Rechtsgelehrten nothwendig Zweifel entstehen. In l. 63. pr. D. 17. 2. erklärt Ulpian die Meinung des Sabinus für richtig, daß sociis die Wohlthat der Competenz zustehe, etiam si non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei. Dagegen an einem späteren Orte, l. 16. D. 42. 1., fügt er, nachdem er als Competenzberechtigte bezeichnet: et quidem sunt hi fere, qui pro socio conveniuntur, die Einschränkung bei: socius autem omnium bonorum accipiendus est. Die verschiedenen Versuche theils der Textes-Emendation, theils der Erklärung, theils der Vereinigung beider Gesetzstellen s. Glück Thl. XV. §. 967. und die Abhandlungen von Gans, Gensler und Neustetel im civilist. Archiv Bd. II. no. 21., 22. u. 23., Cocceji jus controv. Lib. 17. tit. 2. qu. 1. Nur den sociis omnium bonorum gesteht Thibaut Syst. §. 662. Anm. f. (Ed. 8.) die Rechtswohlthat zu, ohne einen weiteren Grund anzugeben, als weil beide Gesetzstellen sich widersprächen, wogegen Puchta Pand. §. 245. Anm. p. lehrt: „das praktische Resultat ist, daß die Beschränkung auf eine Art der Societät in Folge des Widerspruchs der beiden Stellen wegfällt." Unter den Vereinigungsversuchen beider Gesetzstellen, welche allerdings der Annahme eines Widerspruchs mit sich selbst — denn beide Stellen rühren ja von Ulpian her — vorzuziehen sind, verdient wohl vorzügliche Beachtung jener von Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. XIV. S. 257., nämlich: die Bestimmung der l. 63. cit., daß nicht nur socii omnium bonorum, sondern auch unius rei das benef. competentiae haben, leidet keinen Widerspruch; aber es gibt bekanntlich zwei verschiedene Gestaltungen und gewissermaßen Grade der Competenzwohlthat, nämlich deducto aere alieno und non deducto aere alieno condemnatur in id quod facere potest. Der letztere Grad, welcher in l. 16. D. 42. 1. besprochen wird, kann aber nur bei der societas omnium bonorum eintreten, denn da gibt es ja keine andere, als solche Schulden, welche aus dem gemeinschaftlichen Vermögen zu bezahlen sind; dahingegen bei der Particularsocietät ist die Möglichkeit anständiger Separatschulden aller Art denkbar, und kann allerdings deductio aeris alieni Platz greifen, nämlich desjenigen, quod ex ipsa societate debetur; l. 63. §. 3. D. 17. 2.

Damit stimmt überein Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 383., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 91. Anm. 66. Demnach ist der Satz, daß auch dem socius unius rei die Competenz gebühre, mit Recht sehr allgemein in Praxi anerkannt; Glück Thl. XV. §. 967., Puchta Pand. §. 245. Anm. p., Voet Comm. ad Pand. Lib. 17. tit. 2. §. 20., Dabelow Lehre v. Conc. d. Gläub. S. 161., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 394., v. Vangerow Pand. I. §. 174. Vergl. Arndts Pand. §. 225. Anm. 3.

Zu 2) Der extraneus dotis promissor kann nach dem bestimmten Ausspruch in l. 47. pr. D. 42. 1. — l. 84. D. 23. 3. dem klagenden Ehemann die exc. competentiae nicht entgegensetzen. Der scheinbare Widerspruch der l. 33. D. 23. 3., welcher verschiedene Erklärungs- und Vereinigungsversuche veranlaßt hat, Meyerfeld im Rhein. Mus. Bd. VII. S. 111., Glück Thl. XXIV. S. 440., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 91. Anm. 67., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 174., läßt sich nach Puchta Pand. §. 245. Anm. q. am einfachsten in der Art heben: In den beiden ersten Gesetzstellen wird dem promissor dotis, wenn der Ehemann gegen ihn klagte, die Competenzwohlthat abgesprochen, denn ihm gegenüber war er ja nicht Schenker, weil der Ehemann einen rechtlichen Anspruch hat, ne mulier indotata sit. Der Frau gegenüber konnte er aber allerdings Schenker seyn, und gegen sie konnte er also, wenn sie gegen ihn geklagt hätte, wie jeder andere Schenker auf das benef. compet. provociren. Deshalb soll nach l. 33. D. 23. 3., wenn der Mann, welcher mit der ihm gegen den promissor dotis zuständigen Klage so lange, bis dieser in Vermögensverfall gerieth, nachgewartet hat, wenn er nun in den Fall kommt, die dos restituiren zu sollen, obgleich dies auf Gefahr des Mannes ging, doch aus Billigkeit dieselbe Schonung gegen den promissor eintreten, welche dieser de jure verlangen könnte, wenn die Frau selbst gegen ihn klagte.

Zu 3) Daß auch den Kindern die Competenzwohlthat gegen ihre Eltern zustehe, wird zwar von Mehreren behauptet, Berger Oecon. jur. Lib. 4. tit. 29. §. 5. not. 1., Becker Samml. merkw. Rechtsf. Bd. II. S. 355., und soll sogar in Praxi angenommen seyn; Koch R. d. Ford. Bd. I. S. 441., Thibaut System §. 662., Braun Dictaten §. 107. S. 130. Wo aber der Gerichtsbrauch nicht dafür entscheidet, bleibt es zweifelhaft; Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 382. Anm. h. Die l. 18. D. 24. 3. hat es nur mit einem besonderen Falle zu thun, indem sie den Kindern, wenn sie als Erben ihres Vaters von der Mutter auf Rückgabe der dos belangt werden,

Begünstigung angedeihen läßt. Uebrigens spricht §. 38. J. 4. 6. — l. 16. 17. D. 42. 1. nicht von einer gegenseitigen Verbindlichkeit, und die Worte in l. 30. D. 42. 1. quod maxime inter liberos et parentes observandum est, können füglich nur von den Pflichten der Kinder gegen die Eltern verstanden werden, daher Mehrere die Ausdehnung der Rechtswohlthat auf die Kinder gegen ihre Eltern verwerfen; s. Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 385. Anm. w., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 174. Anm. 2., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 91. Anm. 59. und Arndts Pand. §. 437. Anm. 2. — Die Streitfrage hat aber wohl wenig praktisches Interesse, denn diejenigen, welche einander unstreitig alimentationspflichtig sind, würden dann doch, was sie mit der einen Hand genommen haben, mit der andern wieder geben müssen.

Noch weniger ist das beneficium auch auf Stiefeltern zu erstrecken, Voet Comm. Lib. 42. tit. 1. no. 46.*), und ebensowenig auf Geschwister, zu deren Gunsten es Einige aus l. 63. D. 17. 2. argumentiren, wie v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. S. 38., Heimbach im Rechtslex. Bd. I. S. 883., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 394. Vielmehr s. dagegen Sintenis Civilr. Bd. II. §. 91. Anm. 66., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 174. Daß übrigens die Competenzwohlthat denjenigen, welchem sie zusteht, von der Personalhaft als Executionsmittel befreie, ist wohl nicht zu bezweifeln; s. Francke im civilist. Archiv Bd. XXIII. S. 412. 414.

Zu 4) Den Soldaten steht es gesetzlich gegen alle Forderungen zu, l. 6. pr. l. 18. D. 42. 1., was Sintenis Civilr. Bd. II. §. 91. Anm. 70. als antiquirt betrachtet, h. z. T. aber durch gesetz-

---

*) Ob auch dem Schwiegersohne vom Schwiegervater das benef. comp. entgegengesetzt werden könne? Gegen die auf das Heirathsgut gerichtete Klage unstreitig — versteht sich, wenn die Klage noch während der Ehe erhoben wird, denn nachher besteht ja das Affinitätsverhältniß und mithin der Grund des beneficii nicht mehr, l. 21. l. 22. pr. D. 42. 1. — l. 84. D. 23. 3. — l. 17. pr. D. 24. 3.; ob aber auch gegen andere Forderungsklagen? Dies verneint v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 216. und Puchta Pand. §. 245. no. 3. Allein l. 21. cit. sagt ja in Verbindung mit l. 20. allgemein: gegen den Schwiegervater könne, ebenso wie gegen den Ehemann, also nicht blos dotis nomine, sondern ex aliis quoque contractibus nur in quantum facere potest geklagt werden. Auch ist der in l. 16. D. 24. 3. angegebene Grund, quia parentis locum socer obtinet, durchgreifend; s. Unterholzner v. d. Schuldverh. Bd. I. S. 382. Anm. m., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 91. Anm. 63.

liche Executionsbeschränkungen surrogirt ist. Fast alle andern Personen können sich nur etwa auf specielles Herkommen gründen.

Für die Geistlichen wird zwar öfter das cap. 3. X. de solut. (3. 23.) zur vermeintlichen Begründung angeführt, Stryck Us. mod. Lib. 42. tit. 3. §. 21., und zwar neuerlich von Schmalz Handb. d. canon. Rechts §. 78.; allein mit Recht hatte schon Boehmer J. E. Pr. Lib. III. tit. 23. §. 20—24. und Lauterbach Diss. de beneficio competentiae §. 33. den älteren Canonisten hier vorgeworfen: plerique sine judicio alios exscribunt, et confidenter plura supponunt, quae in hoc textu non reperiuntur, ebenso Thibaut System §. 662., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 39. (§. 24.). Die angeführte Stelle enthält nichts weiter, als die päpstliche Mißbilligung der allerdings unzulässigen Excommunication eines Geistlichen wegen Zahlungsunvermögens. Die neuere Praxis — lehrt Eichhorn Grundſ. d. Kirchenr. Bd. I. S. 538. — stützt daher das benef. comp. blos auf die Natur der Kirchenpfründen, welche den Geistlichen ihren Unterhalt sichern sollen, deren Einkünfte daher im Wege der Execution zur terminlichen Zahlung der Gläubiger zwar angewiesen werden können, aber nur so weit, daß dem Beneficiaten nicht die Subsistenz gänzlich entzogen, und er nicht sein Amt länger zu verwalten außer Stand gesetzt werde. So auch Dabelow Lehre v. Conc. S. 508. no. 9., Puchta Pand. §. 245.

Bei Städten, Gemeinden, Kirchen und Klöstern kann nur sehr uneigentlich von einem benef. comp. gesprochen werden, man kann es vielmehr nur als Folge der lediglich sub modo ihnen zu Theil gewordenen Dotation betrachten, daß bei ihnen successive, mit der Erfüllung ihrer öffentlichen Zwecke vereinbarliche Schuldentilgungspläne formirt werden müssen. Blos in diesem Sinne kann man überhaupt das oben in der Anmerkung erwähnte benef. comp. ex jure tertii gelten lassen.

Aus diesem Grunde läßt sich auch die Competenzwohlthat der Vasallen rechtfertigen, indem ihnen das Lehen nur unter der Bedingung zu leistender Kriegsdienste ertheilt war, und diese Bestimmung keinen Eintrag leiden darf durch creditorische Ansprüche an die Vasallen; Struben rechtl. Bed. Bd. I. S. 17. Th. IV. S. 171., Weber Handb. d. Lehenr. Bd. IV. S. 623. no. 9., Mayr Handb. d. gem. u. Bayer. Lehnr. §. 152. Zwar muß Jedermann anerkennen, daß bei dem neueren System der Landesvertheidigung dieses beneficium der Vasallen keinen Grund mehr habe, daher auch mehrere Rechtsgelehrte geneigt sind, es ihnen abzusprechen, Dabelow a. a. O.

S. 509. no. 4., umsomehr, als selbst in den älteren Lehnsverhältnissen das benef. comp. alsdann nicht als platzgreifend angesehen wurde, wenn auf dem Lehen keine Ritterpferde oder dergleichen servitia militaria hafteten; Weber a. a. O. S. 624. Diesem würde man aber höchstens dann beistimmen müssen, wenn das Singularrecht der Vasallen sich blos auf eine Gewohnheit gründete, welche ihre Kraft verlieren würde, wenn sie aufhörte, rationabilis zu seyn;*) beruht jedoch dasselbe auf Gesetzen, so muß man sagen: lex semper loquitur, ein Gesetz hört nicht von selbst auf zu gelten, wenn seine Beweggründe wegfallen; Thibaut Syst. §. 52., Struben a. a. O. Bd. II. no. 144., Mayr a. a. O. S. 353. Anm. 12., Hagemann prakt. Erörter. Bd. VI. S. 41. Bd. VII. S. 7. Wie oft — sagt Cramer in den Wezlarischen Nebenstunden Th. VIII. S. 129. — findet man nicht in jure, daß die conclusiones beibehalten worden, obgleich die ratio cessirt.

Mehr Bedenken hat die vorzüglich von älteren Rechtsgelehrten, Wernher sel. obs. for. P. VII. obs. 85. no. 107., Cramer Obs. T. III. pag. 461. behauptete und hier und da auch durch Landesgesetze und Gewohnheiten eingeführte Competenzwohlthat des Adels**) gegen sich. Der Gerichtsbrauch hat sie, wie Leyser Sp. 664. med. 34. bezeugt, in Sachsen stabilirt; Stryck Us. mod. Pand. Lib. 42. tit. 3. §. 21. führt dafür eine Braunschweig-Lüneburg-Hannöverische Verordnung an, und der Cod. Judic. Bavar. cap. 18. §. 10. hat ihr in Bayern gesetzliche Kraft verliehen. Wo dies der Fall nicht ist, wird sie mit vollem Recht bestritten; Leyser l. c., Lauterbach Diss. cit. th. 34., Schmidt Diss. de benef. comp. quatenus nobilibus competat in Leyser Vol. XII. P. 2. pag. 530., Struben a. a. O.

---

*) Dieses läßt sich jedoch schwerlich behaupten, da die Observanz auf dem vernünftigen Grunde beruhen kann, daß den Gläubigern selbst daran gelegen ist, dem Vasallen die Möglichkeit seiner Selbsterhaltung und somit des Lehensgenusses zu erhalten, durch welchen es auch den Creditoren nur möglich wird, aus seinen Lehensfrüchten sich bezahlt zu machen; s. Hagemann a. a. O. Daß die Töchter des verstorbenen Vasallen beim Mangel eigenen Vermögens von dem Lehensfolger Alimente sollen fordern können, ist nicht im gemeinen Lehnrecht begründet, s. Hagemann prakt. Erörter. Bd. VI. S. 48; doch wird dafür öfters eine Observanz behauptet; Pufendorf Obs. jur. univ. T. I. obs. 68., Struben rechtl. Bed. Bd. I. no 57., Boehmer Princ. jur. feud. §. 335., Westphal Lehnr. c. 24. §. 3.

**) Der Beweis adeliger Abstammung kann übrigens nicht blos durch Gleichheit des Namens und Wappens hergestellt werden; s. v. Cube jurist. Ausführ. no. 16. §. 10.

Bd. II. S. 18. Ob aber da, wo ältere Gesetze dafür bestehen, diesen die fernere Wirksamkeit dann zu versagen sey, wenn in den neueren Verfassungsurkunden, während sie Gleichheit Aller vor dem Gesetz als Princip aussprechen, eines solchen Privilegiums des Adels nicht mehr erwähnt ist? Diese Frage, welche der ungenannte Verf. der Abhandl. über das gerichtliche Executionsverfahren in Bayern, Nürnb. 1830., bejaht, dagegen von Zu-Rhein in der Zeitschr. f. Theorie und Praxis ꝛc. Bd. II. S. 213. verneint, möchte man wohl nur dann zum Nachtheil der Adeligen zu entscheiden geneigt seyn, wenn in den constitutionellen Bestimmungen ausdrücklich gesagt wäre, daß künftig keine andern Standesvorzüge gelten sollen, als welche in ihnen ausdrücklich enthalten sind. Es würde offenbar zu weit führen, wenn man durch das Princip der Gleichheit Aller vor dem Gesetz alle jura singularia für aufgehoben erachten wollte, deren Gründe doch meistens in einem besonderen Interesse liegen, welches der Staat an gewissen Verhältnissen nimmt. Das bloße Stillschweigen eines neuen allgemeinen Gesetzes über specielle Bestimmungen des noch immer beibehaltenen älteren Civilgesetzbuches kann diesen nicht derogiren, sondern nur eine abändernde oder entgegengesetzte specielle Bestimmung, außerdem bleiben Singularrechte neben dem gemeinen Rechte bestehen.

Mehrere ältere Rechtsgelehrte schreiben das benef. comp. allen durch Krieg, Brand oder Schiffbruch Verarmten zu; Becker Samml. merkw. Rechtsfälle Bd. II. S. 357. und die dort allegirten Carpzov, Martini u. A., aber freilich ohne gesetzlichen Grund, wie Thibaut System §. 662. und v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 39. (§. 24.) bemerkt.

Zu 5) Man statuirt gewöhnlich standesmäßigen Unterhalt, Glück Thl. XVI. §. 897. S. 289., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 36. (§. 23.), allein die Gesetze schränken das privilegium deductionis blos auf das zum Lebensunterhalt schlechterdings Nothwendige ein; ratio habenda est, ne egeant, l. 173. D. 50. 17. — l. 19. §. ult. D. 42. 1., Puchta Pand. §. 244., Arndts Pand. §. 225. Wenn Thibaut System §. 663. das Maß der Alimente allein nach dem Stande und Bedürfniß des Schuldners bestimmen lassen will, so darf dies wohl nur so verstanden werden, daß bei Bestimmung der Nothdurft auf die gewöhnliche Lebensart, Alter und Familienstand des Schuldners Rücksicht zu nehmen sey; Koch R. d. Ford. Bd. I. §. 42., Struben rechtl. Bed. Bd. I. no. 6.

Die Berechnung des Vermögens richtet sich in der Regel nach dem Zeitpunkte der Verurtheilung, ohne Rücksicht darauf, was der

Verurtheilte etwa noch andern Gläubigern schuldet, l. 63. §. 6. D. 17. 2. — l. 15. pr. l. 53. D. 24. 3., Glück Thl. XXVII. S. 353., wenn nicht anders diese privilegirt sind; l. 3. D. 14. 5. — cf. l. 19. pr. D. 42. 1., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 387. Eine Ausnahme hiervon findet nur bei dem Schuldner statt, l. 63. §. 3. D. 17. 2. — l. 12. D. 39. 5. — l. 16. l. 19. pr. §. 1. l. 49. l. 50. D. 42. 1., und muß wohl auch bei der remuneratorischen Schenkung gelten; Unterholzner a. a. O. S. 383.

Zu 6) Durch dolose Handlungen, Delictsklagen, l. 4. §. 2. D. 14. 5. — l. 52. D. 42. 1., und wenn der Schuldner durch Verschwendung verarmt ist; doch wird dem Schuldner nicht der Beweis aufgebürdet, daß er durch Unglücksfälle zahlungsunvermögend geworden sey; Leyser D. quousque nobilibus competat benef. comp. §. 19. u. 20., Koch a. a. O., Glück Thl. XIV. S. 299., Struben a. a. O. Bd. IV. S. 54., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 59., Puchta Pand. §. 244., Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 386. Eine Zurückforderung des bereits Bezahlten, aus dem Grunde der Competenzwohlthat, findet übrigens in keinem Falle statt; l. 8. l. 9. D. 12. 6.

Zu 7) Gewöhnlich wird gelehrt, diese höchst persönliche Rechtswohlthat komme weder den Bürgen, noch den Erben des Schuldners zu Statten, l. 24. pr. D. 42. 1. — l. 63. §. 1. D. 17. 2. — l. 7. pr. D. 44. 1., s. die Lehrbücher von Mackeldey §. 488., v. Wening-Ingenheim Bd. II. S. 37. (§. 23.), Schweppe Bd. III. §. 395., Glück Thl. XIV. S. 290. Thl. XXVII. S. 359., Arndts Pand. a. a. O. Damit scheint indessen nur der Satz ausgesprochen: exceptiones, quae personae cujusque cohaerent, non transeunt ad alios; es ist aber vielmehr um die Frage zu thun: da das dem Hauptschuldner zustehende beneficium die Civilobligation suspendirt, kann nun der Bürge sagen: die Civilobligation könne, soweit sie aufgehoben ist, vom Gläubiger überhaupt nicht, also auch nicht gegen ihn geltend gemacht werden, oder muß er eben für dasjenige einstehen, was der Gläubiger vom Schuldner wegen der diesem zustehenden Competenz nicht erhalten kann? Die gemeine Meinung geht dahin, daß der Bürge für den Ausfall zu haften habe, Koch a. a. O., Cella D. an fidejubens pro persona nobili aut illustri creditori in tantum teneatur, quantum hic ob beneficium competentiae debitori lege vel observantia concessum accipere non potuit. Erlang. 1784., Rivinus D. de beneficio competentiae in Opusc. a filio editis. pag. 72., Caepolla Tr. de cautelis. no. 183.

Zu 8) Ungeachtet der von Mackeldey a. a. O. §. 774. Anm. b. angeführten Dissentienten, Schweppe Syst. d. Conc. §. 30. und Kori Syst. d. Concursproc. §. 225., ist wohl denjenigen Rechtsgelehrten beizustimmen, welche die Competenz in allem erst nach der Güterabtretung erworbenen Vermögen gestatten; Dabelow Lehre v. Conc. S. 516., Gönner Handb. d. Proc. Th. IV. no. 56. §. 11., Mackeldey a. a. O., v. Wening-Ingenheim a. a. O. Bd. II. S. 39. (§. 24.) Die Gesetze sagen dies bestimmt genug, l. 4. 6. 7. D. 42. 3. — §. ult. J. 4. 6., und es ist nicht einzusehen, wienach die zufällige Dauer des Concursprocesses ein entscheidendes Moment abgeben könnte, wie Manche aus l. 6. D. 42. 3. argumentiren, s. Jur. Zeitung f. Hannover Bd. XI. H. 2. S. 187. Ist ein Schuldner, ohne auf das beneficium cessionis bonorum zu provociren, in Concurs verfallen, dann freilich wächst Alles, was ihm während des Concurses anfällt, der Masse zu, s. Dabelow a. a. O. S. 715.; doch kann sich auch da das Recht der Concursgläubiger wohl nicht weiter erstrecken, als bis zum Moment des vollzogenen Güterverkaufs und der Massa-Vertheilung, womit die Gemeinschaft der Gläubiger und das Amt des Massacurators aufhört, cf. l. 40. D. 38. 1., Dabelow a. a. O. S. 670., v. Bülow Abhandl. Bd. II. no. 23.

Zu 9) Wenn der Schuldner einem von den Concursgläubigern das benef. comp. ex jure proprio mit Recht entgegensetzen kann, anderen aber nicht, so muß jenem Gläubiger soviel an seiner Forderung gekürzt und dem Schuldner nachgelassen werden, als im Verhältniß zu dem ganzen Vermögen allen Gläubigern pro rata hätte gekürzt werden müssen, wenn der Schuldner gegen sie alle der Competenz sich hätte bedienen können. Was nun auf diese Weise dem Schuldner zu Gute geht, können die übrigen Gläubiger offenbar nicht für sich in Anspruch nehmen, Dabelow a. a. O. S. 172. u. 513., Schweppe a. a. O. §. 35., Pütter auserlesene Rechtsf. Bd. II. Resp. 251. no. 71., Koch a. a. O.

Zu 10) Die Meinungen hierüber sind verschieden. Zu denjenigen, welche dem Gemeinschuldner die Competenz im später erworbenen Vermögen auch gegen die neuen Gläubiger zugestehen, gehört vorzüglich Thibaut,*) welcher indessen sich in seinen Ansichten nicht gleich geblieben ist, denn in den älteren Ausgaben seines Systems räumt er das Privileg denen, welche ihr gesammtes Vermögen ihren

---

*) Mit Unrecht führt derselbe auch Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 42. tit. 1. §. 38. für seine Meinung an.

Gläubigern cedirt haben, sowohl im Verhältniß zu diesen, als zu ihren neuen Gläubigern ein, jedoch mit dem Beisatz, daß jene in Concurrenz mit neuen Gläubigern diesen nachstehen müßten (s. §. 107. der 3. Aufl.), dagegen im §. 662. der 8. Aufl. sagt er: „welche erstere aber auf keinen Fall in Concurrenz mit neuen Gläubigern den letzteren nachstehen müssen;" s. auch dessen civilist. Abhandl. no. 16. S. 354.*) Seine Meinung hat aber überhaupt nicht das Uebergewicht über den Grundsatz der meisten neueren Rechtsgelehrten gewinnen können, daß in den Gesetzen blos gegen die Gläubiger des ersten Concurses dem Gemeinschuldner die Competenz im neu erlangten Vermögen zugestanden sey; l. 4. pr. l. 6. l. 7. D. 42. 3. — l. 3. C. 7. 72. — §. 40. J. 4. 6. In der von Thibaut für seine Ansicht angeführten l. 4. §. 1. D. 42. 3. Sabinus et Cassius putabant, eum, qui bonis cessit, ne quidem ab aliis, quibus debet, posse inquietari, sind unter den aliis, quibus debet, wohl nur solche Gläubiger zu verstehen, welche etwa bei der cessio bonorum nicht bekannt, oder von derselben nicht durch ihre Gegenwart ergriffen waren. Man ist aber auch gar nicht genöthigt, in dieser Gesetzstelle eine Entscheidung zu suchen, da das Sabinus et Cassius putabant füglich nur als historische Anführung einer Meinung dieser Rechtsgelehrten betrachtet werden kann; Mackeldey Lehrb. §. 766., Schweppe Syst. d. Conc. §. 25., Voet Comm. Lib. XLII. tit. 3. no. 8., Koch a. a. O. Bd. I. S. 414., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 182. (§. 143.), v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 174. Anm. 2. no. 8., Unterholzner a. a. O Bd. I. S. 362. Anm. g. und S. 385. Anm. u., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 91. Anm. 69. Demnach kann der Schuldner gegen später entstandene Gläubiger sich wohl einer neuen cessio bonorum im Nothfall bedienen, aber nicht die Folgen der ersteren gegen sie geltend machen; s. Schweppe a. a. O., Voet l. c. Diese in Praxi angenommene Meinung ist auch im Preuß. Landr. recipirt worden; s. Koch a. a. O. §. 41.

Zu 11) Man muß auch wohl hier dem allgemeinen Grundsatz

---

*) Die letzte Behauptung ist nicht wohl begreiflich, denn, wie Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 388. Anm. 5. richtig bemerkt, muß man vielmehr sagen: Wenn Diejenigen, welche den Schuldner zur Vermögensabtretung gedrängt haben, ihn nachher belangen, ehe er sich recht erholt hat, und so mit neueren Gläubigern concurriren, so müssen sie diesen nachstehen, denn sonst wäre ja der Zweck der mit der cessio bonorum verbundenen Begünstigung geradezu verfehlt; s. auch Richter Aufsätze über verschiedene Rechtsfragen S. 248.

folgen, daß ein Jeder auf die blos zu seinem Besten ertheilten Rechtswohlthaten verzichten könne; Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 395., Puchta Pand. §. 244., Becker Rechtsfälle Bd. II. S. 359. Eine Ausnahme ist in l. 14. §. 1. D. 24. 3. dahin gemacht, daß der Ehemann dem Benefiz nicht giltig gegen die Frau entsagen könne, weil die Geltendmachung eines solchen Verzichts gegen die guten Sitten und gegen die dem Ehemann schuldige Achtung anstieße. Ob paritatem rationis dürfte man dies wohl auch auf das Verhältniß der Kinder gegen ihre Eltern anwenden; Koch a. a. O. Bd. I. S. 426., Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 386. Anm. d., Stryck de cautel. contr. Sect. II. cap. 10. §. 23. Aber mit Sintenis a. a. O. §. 91. Anm. 74. und Heimbach im Rechtslex. Bd. I. S. 880. zu behaupten, die Wirksamkeit der gesetzlichen Wohlthat werde durch Verzicht niemals aufgehoben, dazu finden wir in der dafür angeführten l. 14. §. 1. u. l. 17. pr. D. 24. 3. nicht den entferntesten Grund, auch ist der von Sintenis für seine Meinung angeführte v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 37. (§. 23.) geradezu entgegen. So auch Unterholzner a. a. O. Bei dem uneigentlichen beneficium comp. ex jure tertii kann natürlich ein Verzicht nicht wirksam seyn.

Zu 12) Wer eine Schenkung verspricht, hat zwar gegen den Promissar das benef. compet., wenn er aber von Letzterem an einen Dritten delegirt wird, etwa an den Gläubiger desselben, oder an einen, dem der Promissar wieder schenken will, so hat er gegen diesen die exc. compet. nicht; l. 44. pr. D. 42. 1. — l. 33. §. 3. D. 39. 5., v. Savigny System Bd. IV. S. 126. Anm. u. und S. 596., Schilling Lehrb. Bd. III. S. 937.

§. 232.

d) Cessio bonorum.*)

Dig. XLII. 3. de cessione bonorum. 4. quibus ex causis in possessionem eatur. 5. de rebus autoritate judicis possidendis s. vendendis. 6. de separationibus. 7. de curatore bonis dando. Cod. VII. 71. qui bonis cedere possunt. 72. de bonis autoritate jud. possidendis. 73. de privilegiis fisci. 74. de privilegio dotis.

1) Ist es nothwendige Bedingung dieses beneficium und der daran geknüpften Vortheile,**) daß der Schuldner durch Unglücksfälle, und nicht durch unnützen Aufwand und unbesonnene Unternehmungen in Vermögensverfall gerathen sey?
2) Kann diesem beneficium im Voraus giltig entsagt werden?
3) Kommt die mit demselben verbundene Befreiung von persönlicher Haft auch gegen Wechselgläubiger zu Statten?
4) Geht in Folge der cessio bonorum das Eigenthum des Schuldnerischen Vermögens auf die Gläubiger über?
5) Können die Gläubiger auch die Nutzungen, welche dem Gemeinschuldner an dem Vermögen seiner Kinder zustehen, in Anspruch nehmen?
6) Sind die Gläubiger schuldig, einen Pacht des Gantirers bis zum Ablauf der vertragsmäßigen Pachtzeit fortzusetzen? desgleichen eine vom Gantirer vor der Concurseröffnung vorgenommene Verpachtung?
7) Muß der Cridar die vom Massacurator geschlossenen Pachtverträge aushalten, auch wenn er vor Ablauf der Pachtzeit wieder selbständig geworden ist?
8) Was für Rechte stehen den Concursgläubigern zu, wenn der Gemeinschuldner nach bereits erfolgter Concurseröffnung eine ihm anfallende Erbschaft ausschlägt?

---

*) Da das Materielle, sowie das Proceßrechtliche in Ansehung dieses Gegenstandes, sowie des Concurses der Gläubiger fast überall durch Landesgesetze speciell geregelt ist, so sollen hier nur allgemeine Grundsätze in das Auge gefaßt werden.

**) Nämlich der Befreiung des Schuldners von persönlicher Verhaftung und der wegen des Restes seiner Verbindlichkeit ihm durch die Rechtswohlthat der Competenz angedeihenden Schonung.

9) Sind die Concursgläubiger demjenigen, welcher ein Gut aus der Masse im Wege der Subhastation kauft, der Eviction halber verbunden, wenn sich zeigt, daß es eine res aliena war?

10) Wenn die Gläubiger bei Beschlußfassungen über Gegenstände des gemeinschaftlichen Interesse dissentiren, hat dann das Gericht, oder hat die Mehrheit der Gläubiger, und zwar mit oder ohne Unterschied zwischen bevorzugten und gemeinen Gläubigern, zu entscheiden?

11) Können Zahlungen an den Massacurator auch ohne Autorisation der Obercuratel wirksam geleistet werden?

12) Steht auch Societätsgläubigern ein Absonderungsrecht an dem Gesellschaftsvermögen zu?

13) Steht auch dem Erbegeld ein Separationsrecht im Concurse zu?

Ueber die Vorzugsrechte im Concurs ist auf die Concursordnungen zu verweisen.

Zu 1) In der Praxis wird dies zwar häufig als Bedingung vorausgesetzt, Schweppe Syst. des Concurses §. 25., Voet Comm. Lib. XLII. tit. 3. no. 2., Koch R. d. Ford. Bd. I. §. 41., und allerdings war es auch in l. 1. C. Th. qui bonis ex lege Julia cedere possunt zur Bedingung gemacht, ist aber nicht in den Justinianeischen Codex übergegangen. Die l. ult. §. 4. C. 9. 4. unterwirft vielmehr für Geldschulden nie die Person, sondern nur das Vermögen des Schuldners der Execution: in pecuniaria condemnatione potestatem habentibus cedere bonis, und l. 1. §. ult. D. 48. 19. hat blos Verurtheilungen ex delicto zum Gegenstand; Leyser Sp. 474. med. 4. Manche folgern auch aus l. 8. C. 7. 71., daß derjenige Schuldner, welcher ein Moratorium impetrirt hat, nicht mehr auf das beneficium cessionis bonorum provociren könne, Walch controv. jur. civ. p. 783. (Ed. 3.) et ibi cit., Boehmer de literis respir. Cap. 2. §. 19., allein die gedachte Gesetzstelle stellt doch nicht eigentlich eine blos alternative Zuständigkeit der Verschuldeten auf, indem sie blos bemerkt, daß eines wie das andere beneficium den Schuldnern offen steht; Schweppe a. a. O. §. 25., Voet Comm. Lib. XLII. tit. 3. §. 3.

Zu 2) Als Grund für die Meinung Vieler, daß ein solcher Verzicht wenigstens insoweit ungiltig sey, als sich dadurch der Verzichtende der Befreiung von persönlicher Haft begiebt, Schweppe

a. a. O. §. 25., Voet l. c., Cocceji Jus controv. Lib. 42. tit. 3. qu. 3., Mevius Disc. levam. inop. debit. Cap. VIII. no. 44. u. A., wird hauptsächlich angeführt: quia nemo membrorum suorum dominus est, allein damit würde man sich ja auch mit der anerkannten Wechselverbindlichkeit in Widerspruch setzen; Walch l. c. pag. 781. et ibi cit., Stryck de caut. contr. Sect. II. cap. 1. §. 39.

Zu 3) Man pflegt hier zweierlei Fälle in Betracht zu ziehen, entweder

a) der Wechselgläubiger liquidirt gar nicht im Concurs, läßt sich also von der Masse ausschließen, will sich aber an die Person des Schuldners nach Wechselrecht halten; oder:

b) er läßt sich in den Concurs ein, will aber daneben das Wechselrecht gegen den Schuldner verfolgen.

In beiden Fällen soll nach der herrschenden Meinung dem Wechselgläubiger seine Befugniß, gegen den Schuldner nach Wechselrecht zu verfahren, durch den Concurs desselben nicht benommen seyn, Leyser Sp. 490. med. 5. Vol. XII. P. II. pag. 346.*), Püttmann Grunds. d. Wechselrechts §. 250., Danz Grds. d. summar. Proc. §. 42. und die dort angeführten älteren Schriftsteller, Berger, Brunnemann, Westphal u. A., ferner: Scherer Handb. des Wechselr. Th. I. S. 421., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 355. (253.), Treitschke Wechselr. §. 146., Schweppe Syst. d. Conc. §. 47., v. Gönner u. Schmidtlein Jahrb. d. Gesetzg. u. Rechtspflege im Königr. Bayern Bd. I. S. 363. und die dort angeführte K. Bayer. Verord. v. 17. December 1816., Gründler Polemik d. german. R. Bd. II. S. 291. §. 390. Besonders hart scheint es da, wo nicht durch die Concursordnung den Wechseln ein stillschweigendes Unterpfand eingeräumt ist, welches im Concurs zu einem Ersatz für den Verlust des strengen Wechselrechts dienen könnte, dem Wechselgläubiger seine anderen Prärogativen zu entziehen, Gmelin und Elsässer gemeinnützige Beobachtungen und Rechtsfälle Bd. V. S. 229. §. 145. Wenn man überhaupt dem Grundsatz huldigt, daß die Eigenthümlichkeiten des Wechselrechts durch das allgemeine Debitverfahren nicht ausgeschlossen werden können, weil sie diesem keinen Eintrag thun, und keinem vorzüglicheren Forderungsrecht zu nahe

*) An einem früheren Ort Sp. 133. med. 11. hatte jedoch Leyser abweichend dafür gehalten, daß der Wechselgläubiger dann nicht mehr die Person des Schuldners angreifen könne, wenn er freiwillig das Vermögen desselben angegriffen hat, was auch dann der Fall wäre, wenn er sich in den Concurs eingelassen hätte, was auch Danz zu Runde Bd. II. §. 250. annimmt.

treten, so scheint der von Einigen, s. Francke Instit. jur. camb. Lib. II. Sect. V. tit. 2. §. 1., Danz zu Runde §. 250. u. A. gemachte Eingangs bemerkte Unterschied, ob der Wechselgläubiger zum Concurs liquidirt hat oder nicht, wenig Rücksicht zu verdienen; denn melden muß er sich wohl, um nicht seinen Anspruch an das Vermögen des Schuldners zu verlieren, er hat aber auch ein Recht an dessen Persönlichkeit, und das jus variandi unter mehreren zuständigen Executionsmitteln ist wohl nicht zu bezweifeln. Allein, wenn man fragt, ob denn die wechselrechtliche Verfolgung der Person des Schuldners sich neben der Rechtswohlthat der Güterabtretung noch denken lasse, so wird man nicht verleugnen können, daß man in einen absoluten Widerspruch mit dem eigentlichen Zweck des Personalarrests und den Wirkungen des — doch nicht blos auf solche Gläubiger, welche keine wechselmäßige Verpflichtung aufzuweisen haben, in den Gesetzen eingeschränkten — benef. cess. bon. verfalle. Bezahlen kann und darf ja der Gemeinschuldner nicht, folglich ist der Personalarrest, soweit er aus dem Wechselrecht fließt, ohne Absicht und Wirkung. Dabelow Lehre vom Concurs S. 529. Anm. v. glaubt das Widersprechende durch die Modification zu beseitigen, daß man dem Wechselgläubiger erst, nachdem er bei der Concursmasse leer ausgegangen ist, gestatten könne, die Person des Schuldners nach Wechselrecht zu verfolgen, allein auch dies vertrüge sich wenigstens nicht mit dem der cessio bonorum anhangenden beneficio competentiae. Wo demnach nicht Particularrechte*) das Wechselrecht von diesem beneficio unabhängig gestellt haben, wird man immer in ein bedenkliches Dilemma versetzt; entweder muß man der Rechtswohlthat der Güterabtretung eine den Gesetzen fremde Beschränkung auf solche Gläubiger, welche keine Wechsel in Händen haben, setzen, oder man muß dem Wechselrecht ein Hauptstück entziehen, indem man dem Wechselgläubiger eine in den Wechselgesetzen unbeschränkt ertheilte Befugniß gerade da, wo er diese vorzüglich nöthig hat, vorenthält. Mehrere Rechtsgelehrte sind deshalb der Meinung, daß die Verfolgung nach Wechselrecht mit Ertheilung des beneficium cessionis bonorum cessiren müsse; Musäus Grundf. des Handlungs- u. Wechselr. §. 255. u. 281., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 150., Claproth Einl. in sämmtl. summar.

---

*) Ueber das Sächsische Recht in dieser Materie s. v. Langenn u. Kori Erörterungen Th. I. S. 66. — Das Preußische Recht erstreckt die Wirkungen der cessio bonorum auch auf Wechselschulden; s. Allg. Ger.-Ordn. Th. I. Tit. 48. §. 32.

Proc. §. 58., Meno Pöhls Wechselr. Th. II. S. 631., Ludovici Wechselproc. Kap. II. §. 15. Es scheint jedoch natürlicher anzunehmen, daß das neuere Institut des Wechselrechts beschränkend auf die alten Institutionen wirke, als umgekehrt.

[Nach der zweiten Nürnberger Novelle zur A. D. Wechselordnung Art. 2. ist den Landesgesetzen vorbehalten, die Vollstreckung des Wechselarrestes auszuschließen in Betreff des Schuldners, über dessen Vermögen der Concurs eröffnet, oder der zur Güterabtretung zugelassen ist, wegen der früher entstandenen Forderungen.]

Zu 4) Um den Eintritt der Gläubigerschaft in die Rechte des Gemeinschuldners auf ein römisches Princip zu bringen, hat man denselben bald für eine datio in solutum, bald überhaupt für einen Eigenthumsübergang, bald für eine Mischung von cessio und datio in solutum, bald für eine Singularsuccession, Kind Qu. for. T. II. pag. 26. und bald für eine Universalsuccession erklärt, bald auch die Idee eines durch den Concurs entstehenden allgemeinen Pfandrechts durchzuführen gesucht, oder die Gläubiger nur als procuratores in rem suam betrachtet; s. Gensler im civil. Archiv Bd. II. S. 345., Schenk in Linde's Zeitschr. Bd. XIII. S. 67., Dabelow a. a. O. S. 129. u. 715., v. Gönner Handb. d. gem. deutsch. Proc. Bd. IV. S. 570., Schweppe Syst. d. Concurses §. 50., Thibaut System §. 1223., Kori Syst. d. Concursproc. Bd. I. §. 3—17., W. H. Puchta üb. d. Concursproc. S. 17. u. 282. Diese verschiedenen Begriffsbestimmungen führen jedoch zu Abirrungen von der Natur der Sache. Bleibt man hingegen bei ihr einfach stehen, so muß man mit G. F. Puchta Pand. §. 243. u. Schenk a. a. O. §. 7. S. 80. sagen: nicht das Eigenthum der Güter, sondern Detention und Administration des Schuldnerischen Vermögens geht auf die Gläubiger über, und mit dieser auch die Befugniß, den Verkauf der Güter durch gerichtliche Hilfe zu bewirken, ohne daß deshalb die Creditoren selbst Verkäufer werden; l. 2. l. 4. C. 7. 71. — l. 8. C. 7. 72., v. Quistorp rechtl. Bemerk. Th. II. no. 7. Selbst weder den Natural- noch den Civilbesitz erlangen die Gläubiger, denn das Gericht sequestrirt das Vermögen und übt eine cura darüber aus, um es seinen rechtlichen Bestimmungen, welche nicht allein im Interesse der Gläubiger, sondern auch des noch nach dem Concurs verpflichtet bleibenden Schuldners liegen, mit Sicherheit zuzuwenden.

Zu 5) Wenngleich in der Regel ein dem Cridar zustehender Nießbrauch an die Gläubiger auf die Lebenszeit des Schuldners übergeht, l. 8. pr. D. 42. 5., so muß doch eine Ausnahme stattfinden bei

einem solchen Recht der Nutznießung, welches, wie dasjenige, welches dem Cridar an den Illaten seiner Ehefrau oder an dem Vermögen seiner Kinder zusteht, von einer solchartigen Verbindlichkeit unzertrennlich ist, wie z. B. die Kinder zu ernähren und zu erziehen. Da diese Verbindlichkeit rein persönlich und unübertragbar ist, so ist auch das Recht nicht übertragbar. Aus diesem Grund erkannte die Juristenfacultät in Tübingen, daß ein solches Vermögen nach Eigenthum und Nutzung der Ehefrau oder resp. den Kindern überwiesen werden müsse, Kapf merkw. Civilrechtssprüche S. 407. Dieses bestätigt l. 3. C. 7. 71., Püttmann Adversaria jur. univ. Lib. I. Cap. 13. de rebus ac juribus per bonorum cessionem ad creditores haud transeuntibus. Mencken D. de usufr. marit. in rebus uxoris, moto super bonis illius concursu creditorum cessante. Opusc. T. II. no. 18., Dabelow Lehre vom Concurs S. 713., Pufendorf Obs. jur. univ. T. I. pag. 186. So kann auch die habitatio nicht auf die Gläubiger übergehen; §. 1. u. 2. J. 2. 5., Püttmann l. c. pag. 220.

Zu 6) Nach l. 8. §. 1. D. 42. 5. scheint besonders die zweite Frage nach der Autorität Leyser's in Medit. ad Pand. Sp. 220. med. 6. Sp. 494. med. 10. bejaht werden zu müssen, allein der darin behandelte Fall einer immissio rei servandae causa ist nicht mit unserem heutigen Concurs zu verwechseln, und es ist auch wohl in den Worten dieses Gesetzes: servabit Praetor locationem a debitore factam nichts weiter gesagt, als daß es den Gläubigern nicht gestattet werden soll, eine vom Schuldner bereits verpachtete Sache anderweit zu verpachten; Dabelow a. a. O. S. 280. Da auch der Schuldner, der Verpachtung ungeachtet, die Sache giltig verkaufen konnte, so kann man der Gläubigerschaft dieselbe Befugniß noch nicht absprechen, und der dadurch in Schaden gerathende Pächter kann seine Entschädigungsansprüche nur gegen den Gemeinschuldner liquidiren, in dessen Namen verkauft wird; er kann aber durchaus nicht die Gläubiger dafür, daß sie den Pacht nicht fortsetzen, in Anspruch nehmen, denn in Folge des Concurses haben die Gläubiger lediglich die dinglichen, aber durchaus nicht blos persönliche Verhältnisse des Schuldners zu übernehmen; Schenk a. a. O. §. 9. S. 85. u. 100., Liebe über die Verbindlichkeit der Concursgläubiger, einen vom Cridar geschlossenen Pachtcontract auszuhalten S. 145., Kapf a. a. O. S. 198. no. 26. Damit stimmt auch die K. Sächsische erläuterte Proc.-Ordn. tit. 39. §. 4. überein, Kind Qu. for. T. II. pag. 51. Man kann daher nur soviel zugeben, daß die Concursgläubiger nur dann, wenn sie sich freiwillig zur Fortsetzung der Verpachtung erklärt haben, nicht wieder

einseitig von derselben abgehen können; l. 75. D. 50. 17. — cap. 21. u. 33. de reg. jur. in VIto. (5. 40.)

Aber auch die erste Frage ist aus demselben Grund zu verneinen, denn die Gläubiger müssen zwar allerdings alle dinglichen Lasten des Cridars anerkennen, aber seine persönlichen Verbindlichkeiten brauchen sie nicht zu erfüllen. Man würde sonst in das absurdum gerathen, daß die Gläubiger alle Schulden des Cridars und folglich sich einander selbst bezahlen, oder einem einfachen Personalgläubiger eine bevorzugte Befriedigung gewähren müßten; Schenk a. a. O. §. 9., Kapf a. a. O., Kind a. a. O., Schweppe a. a. O. §. 53. Anm. 5. u. §. 56. Mehreres hierüber s. Karsten üb. d. Verh. eines Pachtinteressenten zu den Concursgläubigern des andern Mitcontrahenten S. 26., Boehmer de jure circa conductionem orto adversus conductorem concursu creditorum, in Electis jur. civ. Ex. XI., Henne D. an creditores moto concursu conductionem debitoris, qui bonis cessit, continuare teneantur. Erford. 1174., Erk. d. O.=A.=G. in Celle in Seuffert's Archiv Bd. VI. S. 152., desgl. d. O.=A.=G. in Wolfenbüttel im jur. Magazin von Scholz N. F. Bd. II. S. 152. Den entwickelten Grundsätzen ist es denn auch gemäß, daß die Gläubiger weder die vom Cridar bedungenen Sachen gegen Zahlung anzunehmen, noch die von ihm versprochenen abzuliefern brauchen, ohne daß die dem Cridar bereits geleistete Zahlung etwas hieran zu ändern vermag. S. G Bauer de creditore speciei in concursu creditorum traditionem rei frustra petente. Opusc. T. I. no. 37.

Eine andere Frage ist: ob die Creditoren berechtigt sind, wider Willen des Verpachters die auf längere Zeit vom Cridar gepachtete Sache ferner in Pacht zu behalten? Boehmer Elect. jur. civ. T. I. Ex. II. §. 6—8. spricht ihnen die Befugniß hierzu ab, weil sie nur über die eigenen Güter des Schuldners, und nicht über das, was derselbe nur pachtweise inne hatte, disponiren könnten. So auch ein Erk. d. O.=A.=G. in Celle, s. jur. Ztg. für Hannover 1841. H. 3. S. 131. Allein da den Concursgläubigern die Benutzung aller zum Vermögen des Schuldners gehörigen Rechte zusteht, zu welchen auch das Recht gehört, welches der Schuldner sich durch eine Pachtung erworben hat, so möchte die in Frage gezogene Berechtigung wohl keinem gegründeten Zweifel unterliegen; Kind Qu. for. T. II. Cap. VII., Leyser Sp. 220. med. 6., Dabelow a. a. O. S. 712. Aeque bonis adnumerabitur etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus, nam haec omnia in bonis esse videntur; l. 49. D. 50. 16.

Zu 7) Allerdings; denn die Verpachtungen geschehen im Namen

des Cridars unter Concursgerichtlicher Autorität, daher auch nicht den Gläubigern, sondern dem Cridar die Gewährleistung gegen den Pachter obläge; Bülow und Hagemann prakt. Erörter. Bd. III. S. 281.

Zu 8) Nach dem Vorgang mehrerer älterer Schriftsteller behauptet Dabelow ausführl. Entw. d. Lehre vom Concurs S. 460. — sogar gegen seine eigene in seinem früheren Versuch einer systematischen Erläuterung der Lehre vom Concurs Th. I. §. 87. ausgesprochene Ansicht — die Gläubiger könnten ein dem Schuldner erst während des Concurses angefallenes Erbe oder Legat an der Stelle des Schuldners erwerben; allein unstreitig findet die actio Pauliana nur gegen Veräußerungen, aber nie wegen einer unterlassenen Erwerbung des Schuldners statt; l. 6. pr. §. 1. u. 2. D. 42. 8. — l. 143. D. 50. 17., Leyser Sp. 492. med. 1—4., Meister über Entsagungen eines Verschuldeten auf Erbschaften Th. I. Abschn. I., wo zugleich eine vollständige Literatur über diese Streitfrage zu finden ist, Geiger und Glück merkw. Rechtsfälle Bd. III. no. 43. §. 7., Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. IV. S. 54., W. H. Puchta üb. d. Concursproceß §. 24., Schweppe a. a. O. §. 33. und die Lehrbücher von Mackeldey Th. II. §. 771., Mühlenbruch Bd. II. §. 206. Anm. 6. Wenngleich die Concursgläubiger den Gemeinschuldner repräsentiren, so kann doch der Repräsentant nicht gegen den Willen des eigentlichen Berechtigten erwerben. Die Concursmasse bleibt daher nothwendig beschränkt auf das, was dem Schuldner zur Zeit der Güterabtretung gehörte, gleichviel übrigens, ob er es bereits erworben hat, oder doch wenigstens der Rechtsgrund des künftigen Erwerbs schon eingetreten war; Gönner Hdb. d. Proc. Bd. IV. no. 82. Ein dem Schuldner nach der Güterabtretung erst angefallenes Recht kann nur vor ihm selbst — wenn er nämlich will*) —

---

*) Einen Fall simulativer Ausschlagung des Erwerbs erzählt Dabelow a. a. O. S. 474. folgendermaßen: Ein verschuldeter Ehemann leistete auf die statutarische Portion seiner Ehefrau Verzicht, um sie nicht in die Hände seiner Gläubiger fallen zu lassen, bewog aber seine Frau, daß sie ihn in ihrem Testament zum Erben einsetzte, mit dem Beisatz, daß nichts davon auf seine Gläubiger kommen soll. Die Leipziger und Wittenberger Rechtsgelehrten erklärten die Renunciation des Schuldners auf die portio statutaria sowohl als die testamentarische Disposition der Ehefrau für nichtig. Ob aber mit Grund Rechtens? Davon können wir uns so wenig als Dabelow überzeugen. Die Renunciation des Mannes war eine Handlung freier Willkür, und die Frau als dritte Person konnte ja über ihr Vermögen nach Belieben disponiren.

erworben werden, und nur, wenn er es erst wirklich erworben hat, kann die Gesammtgläubigerschaft ihre Rechte daran geltend machen. War nicht einmal der Rechtsgrund des künftigen Erwerbs schon früher eingetreten, dann kann die neue Erwerbung gar nicht zur Concursmasse gezogen werden. Damit ist indessen nicht gesagt, daß die Gläubiger keinen Anspruch machen könnten. Vielmehr unterliegt die neue Erwerbung sowohl den Ansprüchen der ursprünglichen Concursgläubiger, als auch der erst später entstandenen Gläubiger, letzterer nämlich unabbrüchig der dem Schuldner zuständigen Competenz. Dies setzt aber voraus, daß sie ihre Ansprüche geltend gemacht haben. Ist dies nicht geschehen und daher der Gegenstand in der freien Disposition des Schuldners geblieben, hat er z. B. Erbschaftscapitalien cedirt, so kann eine solche Disposition durch späteres Auftreten der Gläubiger nicht hinterher für ungiltig erklärt werden; s. Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. IV. S. 57., v. Bülow Abhandl. Bd. II. Abthl. II. no. 23.

Zu 9) Aus dem oben zur Fr. 4. dargelegten Grundprincip, daß die Concursgläubiger nicht Eigenthümer der Masse werden, s. Bayer Concursproceß §. 30. folgt, daß auch die Evictionspflicht auf dem Cridar haften bleibe, und nicht auf die Gläubiger übergehe, zu deren Befriedigung der Schuldner seine Güter dem gerichtlichen Verkauf unterworfen hat. Dies behaupten auch mehrere Rechtsgelehrte, unter Bezug auf l. 1. u. 2. C. 8. 46. creditorem evictionem pignoris non debere. Salgado de Samoza Labyrinth. creditor. P. III. c. 10. no. 16. u. 17., Schweppe System des Concurses §. 51., Gmelin Lehre vom materiellen Concurse §. 6., Reinhard die Ordnung der Gläubiger im Concurse §. 65. Allein der Fall ist doch wohl von jenem des angeführten Gesetzes verschieden; die mangelnde Dispositionsfähigkeit macht den Verkauf nichtig, Weber Beitr. zur Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden Stück I. no. 5. S. 49. Deshalb können die Gläubiger, wenn sie, ohne die eigentlichen Verkäufer zu seyn, doch den Verkaufspreis an sich gezogen haben, wenigstens die Zurückgabe des empfangenen Kaufgelds nicht verweigern, weil sie sich sonst ohne Recht mit dem Schaden eines Andern bereichern würden, Schenk in Linde's Zeitschr. Bd. XIII. S. 103., v. Trützschler Lehre v. d. Präclusion S. 68. Anm. b. S. 113 ff. §. 32. (Ed. 2.), Bayer Concursproceß §. 49. Anm. 10.

Zu 10) Bei der Ernennung eines Massacurators und bei Abschließung eines Nachlaßvergleichs entscheidet zwar die Stimmenmehrheit der Gläubiger, aber da dies als eine Ausnahme von der Regel

ausdrücklich eingeführt ist, was nicht nöthig gewesen wäre, wenn sich solches von selbst verstanden hätte, so muß man wohl als Regel annehmen, daß die Mehrheit außer den bemerkten Fällen — bei welchen übrigens ohne Unterschied zwischen privilegirten, hypothekarischen und gemeinen Gläubigern die Mehrheit nach der Größe der Forderungen zu berechnen ist — nicht entscheide, Dabelow a. a. O. S. 279., sondern das Gericht derjenigen Meinung den Ausschlag gebe, welche dem Interesse der Genossenschaft am zuträglichsten ist; Schweppe a. a. O. §. 49., Martin von der rechtlichen Natur der Streitgenossenschaft, im Magazin für den gem. deutsch. bürgerl. Proceß Bd. I. S. 182. u. 193.

In Ansehung des Stimmrechts eines jeden Gläubigers ist übrigens zu bemerken, daß die Stimme eines Gläubigers, welcher Käufer eines zur Debitmasse gehörigen Gutes ist, dadurch nicht ausgeschlossen wird, sondern mitgezählt werden muß, wenn es sich z. B. um Bestimmung des Kaufpreises und der beim Verkauf zum Grund zu legenden Bedingungen handelt; v. Quistorp rechtl. Bemerkungen Th. II. no. 7.

Zu 11) Ist wohl unbedenklich zu bejahen, s. Erk. d. O.=A.=G. in Celle in Seuffert's Archiv Bd. VI. S. 153., Schweppe Syst. d. Concurses S. 155. mit dem Beisatz: er könne zwar Zahlungen empfangen, aber keine leisten, und keine Veräußerungen vornehmen. So auch Bülow u. Hagemann prakt. Erört. Bd. III. no. 37., Salgado de Samoza Labyrinth. credit. P. III. Cap. 6. §. 1—3.

Zu 12) Für die Bejahung scheint die Praxis zu entscheiden, welche sich auf l. 27. D. 17. 2. stützt. Omne aes alienum, quod manente societate contractum est, *de communi* solvendum est; s. Gmelin Ordn. d. Gläubiger §. 62. S. 179. (Ed. 5.), Glück Thl. XV. S. 464., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 555. no. 22., Scherer Hdb. d. Wechselr. Th. II. S. 693. no. 13. Andere räumen den Gesellschaftsgläubigern nur dann ein Absonderungsrecht ein, wenn blos einer der Gesellschaftsgläubiger in Gant gerathen ist, und nur insoweit, als die Gesellschaftsschulden zur Zeit des Gantausbruches unbedingt und fällig sind, sprechen aber dann, wenn sämmtliche Theilhaber einer Gesellschaft in Gant gerathen, den Societätsgläubigern jedes Vorzugsrecht vor den Privatgläubigern ab; Treitschke Lehre v. d. Erwerbsgesellschaft §. 95—100., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 121. Anm. 89. und 124. Noch Andere stellen das Absonderungsrecht eines Gesellschaftsgläubigers durchaus in Abrede, weil eine Handlungsgesellschaft keine juristische Person sey, s. Dabelow vom

Concurs der Gläubiger S. 353., Bayer Concursproceß §. 21., Seuffert P.=R. §. 352., Wächter Handb. d. Würtemberg. Privatr. Bd. I. S. 628. Anm. 163., wogegen sich jedoch mit Gmelin a. a. O. übereinstimmend das Obertribunal in Stuttgart entschieden hat; s. Seuffert's Archiv Bd. VI. S. 423. [Jetzt gilt A. D. Handelsgesetzb. Art. 122. 169., wodurch die Praxis bestätigt wird.]

Zu 13) Hier und da wird solches behauptet, aber eine allgemeine deutsche Praxis läßt sich wohl nicht dafür annehmen, s. Mittermaier deutsch. Privatr. §. 468. Anm. 11. (Ed. 7.), Erk. d. O.=A.=G. zu Darmstadt in Emminghaus Corp. jur. Germ. S. 892. (Ed. 3.). Die K. Bayerische Prioritätsordn. §. 23. no. 4. locirt das Erbegeld in die 4. Classe. Seuffert's Archiv XII. No. 51.

Anmerkung: Ueber das Compensationsrecht im Concurs s. das folgende Kap. VI. §. 248. Vom Retentionsrecht im Concurs s. Bd. I. §. 10. zu Fr. 8.

---

§. 233.

4. Von der mora.

Dig. XXII. 1. de usuris et fruct. et caus. et omnib. access. et mora.

1) Setzt der Rechtsbegriff der mora immer eine culpa des Verpflichteten voraus?

2) Wird, um in Vertragsverhältnissen mora zu begründen, auch dann eine Interpellation von Seiten des Gläubigers erfordert, wenn schon bei Eingehung des Schuldverhältnisses ein gewisser Zeitpunkt für die Leistung (dies certus) festgesetzt worden war?*)

*) Vor Beantwortung dieser Frage muß man wohl erst eine bestimmte Ansicht über den Anfangspunkt der mora fassen. Wir fixiren ihn auf den Moment, wo der Verpflichtete sich im Unrecht befand, nicht zu leisten, während es nur an ihm gelegen war, seine Verbindlichkeit zu lösen. Mora tritt demnach A. in gesetzlichen Verhältnissen ein: a) bei einem durch Delict erlangten Besitz einer fremden Sache, vom Anfang dieses Besitzes an, l. 8. §. 1. l. 20. D. 13. 1., was aber wohl nicht auch auf die malae fidei possessio, wie Donell. de mora. cap. VI. u. Mühlenbruch Lehrb. Bd. II. §. 371. no. 1. annimmt, auszudehnen seyn wird; Schilling Lehrb. f. Instit. Bd. III.

S. 66. Anm. t., v. Madai Lehre v. d. mora. S. 181., denn der Besitzer ist doch immer nur dem Eigenthümer zu weichen schuldig, aber zu einem ultro offerre verbindet ihn kein Gesetz, er kann es auf Entscheidung ankommen lassen, und nur aus der rei vindicatio entspringt seine obligatio ad rem restituendam; b) bei dem verurtheilten Schuldner mit dem Ablauf des tempus judicati l. 2. C. 7. 54.; c) bei gesetzlich bestimmten Zahlungsterminen, z. B. bei der Emphyteuse von deren Eintritt an, l. 2. C. 4. 66. — B. in conventionellen Verhältnissen wird zu unterscheiden seyn, ob blos das Rechtsverhältniß an sich (obligatio sine die), oder auch über die Zeit der Leistung etwas bestimmt war. Im letzteren Fall muß der adjectio diei doch wohl die reciproke Wirkung zugeschrieben werden, daß der Gläubiger nicht früher fordern, der Schuldner aber auch nicht später leisten darf. Im ersten Fall ist es von dem freien Belieben des Gläubigers abhängig gelassen, wann immer er fordern wolle, und erst von der Anforderung an (interpellatio) kann folglich der Schuldner im Unrecht, in mora seyn. Ausnahmen hiervon finden nur statt a) wenn der Schuldner durch Abwesenheit oder Verbergung die Interpellation unmöglich macht; b) bei besonders begünstigten Rechtssubjecten, welche vermöge eines jus singulare nicht zu interpelliren brauchen, wie Minderjährige bei Legaten, Fideicommissen und bonae fidei Contracten, l. 3. C. 2. 41. — l. 5. C. 4. 49. — l. 26. §. 1. D. 40. 5. — l. 87. §. 1. D. de leg. II. (31.); Kirchen und milde Stiftungen bei Vermächtnissen zu ihren Gunsten, Nov. 131. c. 12. u. die lex restituta 46. §. 4. C. 1. 3; endlich der Fiscus, zwar nicht unbestritten, Madai Lehre v. d. mora §. 26., jedoch nach der herrschenden Meinung, l. 17. §. 5. D. 22. 1., Glück Thl. XXI. S. 42. Anm. 45. Diesen Fällen einer s. g. mora ex re zählen manche ältere Rechtsgelehrten noch bei die Fälle eidlich bestärkter Versprechen und obligationes faciendi, bei welchen die mora immer von der Zeit an zu rechnen sey, bis zu welcher die versprochene Handlung zu Stande gebracht werden konnte. Ein hinlänglicher Grund ist aber für diese Meinungen nicht zu finden; Madai a. a. O. §. 12. no. 4. §. 32. u. 33., Ratjen de mora sec. jur. Rom. princ. comm. Kil. 1824. §. 4. no. 8.

Uebrigens wird da, wo mora erst durch Interpellation erzeugt werden muß, nämlich bei unbetagten Forderungen, über den Anfangspunkt der mora, insofern als das quod sine die debetur, statim debetur doch nur cum aliquo temperamento temporis verstanden werden darf, l. 105. D. 46. 3. — l. 5. §. 1. D 37. 6., Zweifel erhoben, wen der Verlust treffe, wenn die Sache innerhalb des nachgelassenen modicum tempus durch Zufall untergeht. Wohl möchte aber mit Madai a. a. O. §. 14. u. Sintenis Civilr. Bd. II. §. 93. Anm. 63., womit die andern Schriftsteller, welche diese Frage unberührt lassen, stillschweigend einverstanden scheinen, angenommen werden dürfen, daß die mora mit dem Moment der Interpellation beginne. Mora fieri intelligitur, si interpellatus non solverit. Der vom Richter gegebene Termin ist ein tempus intra quod, der Anfangspunkt der mora wird dadurch nicht hinausgeschoben, sondern vielmehr als bereits eingetreten erkannt. War es also in irgend einem Moment dieses gegebenen Zeitraums dem Schuldner nicht ohne seine Schuld unmöglich, zu leisten, so trägt er die Gefahr der Unterlassung, cf. l. 5. §. 1. D. de collatione (37. 6.)

3) Wird der Anfang des Verzugs*) durch eintretende Feiertage hinausgesetzt?

4) Genügt außergerichtliche Interpellation?

5) Wem kann die Interpellation giltig geschehen, um den Schuldner, oder die Oblation, um den Gläubiger in mora zu versetzen?

6) Muß der Säumige auch für den zufälligen Untergang der versprochenen Sache einstehen, — insbesondere auch, wenn die Sache bei dem Gläubiger nicht minder untergegangen wäre, falls er sie rechtzeitig erhalten hätte? und wem läge dann der Beweis ob?

7) Welche nachtheilige Wirkungen hat die mora solvendi außer dem Fortbestand der obligatio auch auf den Umfang derselben?

8) Wenn der Gläubiger durch vergebliche Anerbietung der Leistung von Seiten des Verpflichteten in mora versetzt werden soll, genügt dazu oblatio verbalis, oder wird oblatio realis oder sogar gerichtliche Deposition erfordert?

9) Welche rechtliche Folgen hat der Verzug insbesondere bei Lieferungsgeschäften auf Zeit?

Was für eine rechtliche Bedeutung hat die denselben häufig beigefügte Erlöschungs-Clausel?

10) Wie äußert sich das Grundprincip, daß der Verzug des einen Theils das Interesse des andern Theils nicht im Mindesten beeinträchtigen darf, in seinen rechtlichen Folgen bei der mora creditoris?

11) Was ist Rechtens, wenn beide Theile sich eines Verzugs schuldig machen?

12) Wird mora auch durch eine bedingte Novation purgirt?**)

---

*) Ueber den Anfang des Verzugs bei der Collation s. Bd. II. Kap. VIII. §. 186. zu Fr. 15.

**) Die gewöhnlichen Arten, mora zu purgiren, setzen wir als keiner besonderen Erörterung bedürftig voraus, sowie, daß purgatio morae nicht in den Fällen Platz greift, wo dies interpellat pro homine, sondern in diesem Fall nur ex aequitate eine unbedeutende, dem andern Theil unschädliche Verspätung nachgesehen wird, außerdem aber auch das nachholende Erbieten — versteht sich re integra, so lange die Erfüllung dem Gläubiger noch nützlich seyn kann — l. 73. §. ult. D. 45. 1., vor Anhängigkeit eines Rechtsstreits erfolgen müsse; Thibaut System §. 100., Schilling Lehrb. f. Inst. Bd. III. S. 67., cf. l. 135. §. 2. D. 45. 1. — l. 8. D. 2. 11. — l. 21. D. 5. 1. — l. 24. §. 4. D. 19. 2.

13) Können sich die nachtheiligen Folgen der mora auch auf dritte Personen erstrecken?

Ueber den behaupteten Einfluß der mora bei alternativen Obligationen, s. oben Kap. I. §. 210. zu Fr. 6a. — Daß bei Correalverbindlichkeiten die mora des in Anspruch genommenen correus dem anderen Correalschuldner nicht schade, entscheidet l. 32. §. 4. D. 22. 1. — l. 173. §. 2. D. 50. 17., vergl. Wirth im civil. Archiv Bd. XXXIX. S. 123. — Ob die mora des einen Correalgläubigers dem anderen schade, ist zweifelhaft. Die bejahende Meinung vertheidigt v. Madai v. d. mora S. 472., die verneinende Wolff die mora S. 496. und Kuntze Die Obl. u. Singularsucc. S. 149.

Zu 1) Für die bejahende Meinung sind anzuführen: Donell. de mora cap. 5., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 142. (§. 101.), Seuffert Pand. Bd. II. §. 245., v. Madai Lehre v. d. mora. Kap. I. §. 2., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 108. §. 53., Koch R. d. Ford. Bd. I. §. 32. sub I. No. 3., Wehrn Doctr. jur. explicatrix princip. et causar. damni. Cap. V. pag. 292., Wolff zur Lehre v. d. mora. S. 252., Braun Erörter. zu Thibaut §. 102., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 588. Anm. 1., Ratjen de mora §. 2. Auch Emmerich in Linde's Zeitschr. Bd. XII. S. 78. geht von diesem Gesichtspunkt aus. Gegen Hereinziehung der Grundsätze von der Imputabilität oder gegen Einmischung der culpa in die Lehre von der mora erklären sich: Hänel vom Schadenersatz Thl. II. S. 12., Mackeldey Lehrb. §. 345., Glück Thl. VIII. S. 426., Puchta Pand. §. 268. Anm. a. §. 269. Anm. h., Schömann Lehre vom Schadenersatz Bd. II. S. 10., Gerau in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. II. S. 218., Kritz Samml. v. Rechtsf. Bd. II. no. 11. S. 263. Daß es bei der mora creditoris nicht auf eine culpa ankomme, geht wohl unzweifelhaft aus l. 18. pr. D. 13. 5. hervor; Schilling a. a. O. S. 67. Anm. aa., Sintenis Civilr. II. Anm. 50. Was aber die mora debitoris anbelangt, so kann ich nach wörtlichem Inhalt der Gesetze meinen Schuldner einer mora solvendi beschuldigen, wenn ich gegen ihn zu behaupten vermag: per te steterit, per te factum fuit, quo minus etc., l. 3. §. 4. l. 21. §. 3. D. 19. 1. — l. 5. D. 12. 1. — l. 137. §. 4. D. 45. 1., worüber jedoch der Richter ex aequo et bono zu entscheiden hat, l. 91. §. 3. D. 45. 1. Er soll nämlich nach l. 5. D. 12. 1. nicht blos darauf sehen, ob es in deiner

Gewalt stand,*) oder nicht, oder ob es in deinem bösen Willen lag, zu geben, oder nicht, sondern auch, ob eine gerechte Ursache vorhanden ist, aus welcher du einsehen mußtest, daß du zu geben verpflichtet warst; s. Pütter auserles. Rechtsf. Bd. IV. Resp. 349. Mora non adest, quamdiu quod debetur, justa litigandi causa adest. Das Endresultat der vielen über die aufgestellte Frage gepflogenen Discussionen scheint kein anderes zu seyn, als: daß in den Gesetzen mora vorherrschend mit culpa in Verbindung gedacht ist, aber doch nicht als ein so absolutes Requisit erweislich ist, ohne welches bei Verzögerung einer Leistung niemals die Folgen einer mora einträten; Sintenis Civilr. Bd. II. §. 93. Anm. 50., Gerau a. a. O. — Auch diejenigen übrigens, welche eine Schuld von dem Begriff des Verzugs für unzertrennlich ansehen, sind weit entfernt, einen besonderen Beweis der Schuld zu fordern, welcher oft mehr im Unmaaß des Versprechens als im Mangel der Leistung liegen mag. [Vergl. auch Arndts Pand. §. 251. Anm. 7. u. Brinz Pand. I. S. 550.; Mommsen Beitr. z. Oblig.-R. 3. Abth. S. 56 ff. führt aus: Das R. R. setzt, damit eine Mora infolge der Interpellation eintrete, Folgendes voraus: 1) der Schuldner muß gewußt haben, daß er schuldig sey und daß seine Verzögerung rechtswidrig sey, oder er muß sich in dieser Beziehung in einem nicht entschuldbaren Irrthum befunden haben; 2) der Schuldner muß im Stande gewesen seyn, zu erfüllen, oder falls er nicht erfüllen konnte, muß diese Unmöglichkeit eine solche gewesen seyn, welche rechtlich nicht berücksichtigt wird, sey es ihrer Beschaffenheit wegen oder der Verschuldung wegen, durch welche sie herbeigeführt wird. Hiernach setzt die mora einen dolus im weiteren Sinne, eine Verschuldung voraus, was auch bisher die herrschende Lehre war. v. Keller Pand. §. 252. sagt: damit mora eintreten könne, darf auch nicht ein unverschuldetes äußeres Hinderniß die Erfüllung unmöglich gemacht haben. Hiefür genügt aber nie der bloße Mangel an den Mitteln der Erfüllung an und für sich.]

---

*) Hierunter wird gewöhnlich Unabhängigkeit von äußern absoluten Hindernissen (impedimenta naturalia), welche in der Sache liegen, verstanden, im Gegensatz der blos im Subject begründeten Hindernisse; est enim *facultas*, personae commodum incommodumque, non rerum, quae promittuntur; l. 137. §. 4. D. 45. 1. — l. 16. §. 3. l. 18. pr. D. 13. 5. Seuffert Beitr. zur Gesetzg. S. 109. u. Pand.-R. §. 245. Anm. 13. läßt die Folgen des Verzugs dann wegfallen, wenn die Erfüllung durch Umstände und Verhältnisse gehindert wurde, deren Eintreten weder nach menschlicher Berechnung vorauszusehen, noch abzuwenden war.

Zu 2) Wir antworten hier mit der Glosse zu l. 8. D. si quis cautionibus (2. 11.) u. l. 33. D. de V. O. (45. 1.): Dies interpellat pro homine, ganz dem soeben dargelegten Rechtsbegriff der mora gemäß. Man kann nämlich die hinsichtlich der Zeit beigefügte Stipulation unmöglich als wirkungslos behandeln, wie doch geschähe, wenn der Gläubiger genöthigt seyn sollte, noch ein zweites Mal zu mahnen, und eine noch längere Zeit abwarten müßte, um wirklich über Verzug klagen zu können. Wenn auch nicht in l. 12. C. 8. 38. dem Verpflichteten gesagt wäre, ea quae promisit, ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari debere poscere u. l. 1. §. 1. D. 19. 1. neque certiorari debuit, qui non ignoravit, desgleichen cap. 31. de R. J. in VIto. eum qui certus est, certiorari ulterius non oportet, so müßte unser eigenes Gefühl uns schon dasselbe sagen und uns abhalten, dem Grundsatz jura contrahentium sunt reciproca so arg entgegenzutreten, daß wir behaupten wollten, aus der vertragsmäßigen Zeitbestimmung solle nur dem Verpflichteten, welcher dadurch vor Ueberraschung gesichert wird, ein Recht und Vortheil,*) dem Stipulator aber eine Wirksamkeit nicht gewährt werden, auf welche doch sein höchst gerechter Anspruch in den Worten Ulpians l. 12. §. 1. D. 50. 16. minus solvit, qui tardius solvit so deutlich anerkannt ist; oder: nur der Schuldner soll wissen können, wann er zu zahlen hat, nicht aber der Gläubiger, wann er mit Bestimmtheit auf die Zahlung rechnen könne.

Demungeachtet hat der einfache Satz: dies**) interpellat pro homine so lebhafte Anfechtungen erleiden müssen, daß v. Madai

*) Man hat dies aus dem Satz folgern wollen: adjectio diei pro reo est, non pro creditore. Dieser Satz ist allerdings sehr wahr und einleuchtend, wenn man an den Grundsatz der unbetagten Forderungen *statim debetur*, quod *sine die* debetur, welcher einige Mäßigung nur in der Execution gestattete, l. 21. pr. §. 1. D. 13. 5. — l. 105. D. 46. 3., zurückdenkt. Mit Recht sagt also l. 41. §. 1. D. 45. 1., verum dies adjectus efficit, ne *praesenti die* pecunia debeatur. Ex quo apparet dici, diei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore. Die adjectio diei ist ja für den Gläubiger, welcher außerdem einfordern könnte, wann immer es ihm beliebte, vielmehr eine Beschränkung, aber wer möchte daraus folgern, daß dem Gläubiger auch nicht einmal dieses beschränkte Recht vollständig gewährt, daß er vor den empfindlichen Nachtheilen einer Contravention nicht bewahrt seyn solle!

**) Ob es auch als dies certus gelten könne, wenn ein nicht in jedem Jahr gleichzeitig wiederkehrender Zeitpunkt, z. B. Ostern, Pfingsten, Fastnacht, stipulirt ist, bezweifelt — wohl ohne Noth — Schaffrath prakt. Abhandl. S. 28.

Lehre v. d. mora S. 87—149. sogar eine Geschichte dieser Controverse schreiben konnte.*) Nachdem neuerlich v. Vangerow dieselbe so gründlich erörtert und die vermeintlichen Gegenargumente so überzeugend widerlegt hat (s. dessen Pand. Bd. III. §. 588. Anm. 2.), ist dieser Gegenstand wohl als erschöpft zu betrachten, und es bleibt uns hier nur übrig, unsere Ueberzeugung auszusprechen. Die Gegner haben mehrere Gesetzstellen, z. B. l. 32. pr. D. 22. 1. — Paul. sent. rec. III. 8. §. 5. — l. 23. l. 24. D. 45. 1. — l. 88. D. 50. 17. herbeigezogen, welche sichtlich nur das Forderungsrecht an sich**) — mithin unbetagte Forderungen — und nicht zugleich ein pactum adjectum vor Augen haben, letzteres aber auch nicht einer besonderen gesetzlichen Disposition bedürfend erachten konnten, denn da heißt es, ja pacta dant legem contractui, und der Begriff der mora wird nicht verändert, der Zeitpunkt der schuldigen Leistung mag nun im Voraus fest bestimmt, oder auf künftige von der Willkür des Gläu-

---

*) Der erste Angreifer war wohl Contius († 1577) Tr. de divers. morae generibus cap. IV., ferner Bachov ad Treutleri Disp. 34. th. 7. dagegen gründlicher und scharfsinniger Vertheidiger Arumaeus Tr. de mora. Cap. IV. Nun ruhte der Streit Jahrhunderte lang, und der Satz der Glosse blieb in Praxi herrschend, bis auf die neueste Zeit, wo zuerst Neustetel im civil. Archiv Bd. V. no. 8. gegen denselben auftrat, welcher sieben Jahre später an v. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. IV. no. 5. einen besonders kräftigen Kampfgenossen gewann, wodurch der neuen Lehre mehrere Anhänger verschafft wurden; v. Wening-Ingenheim Bd. II. S. 143. (§. 102.), Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 387., Gesterding Nachforschungen Bd. V. Abth. I. no. 2., Koch R. d. Ford. Bd. I. §. 32. sub II., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 115., Wolff zur Lehre von der mora S. 317., Puchta Pand. §. 269. Jenen angestrengten Bestrebungen für the glorious incertainty of law trat nun Thibaut mit redlichem Bemühen entgegen, dem alten Lehrsatz wieder seine Geltung zu vindiciren, wodurch zwischen ihm und v. Schröter Wechselsätze herbeigeführt wurden; civil. Archiv Bd. VI. no. 2. Bd. XVI. no. 7. und Linde's Zeitschr. a. a. O. u. Bd. VII. no. 3.

**) Gleichviel übrigens, ob ein bedingtes oder unbedingtes, denn die aus jener entspringende Verbindlichkeit wird durch den Eintritt der Bedingung nur zur obligatio pura, muß also auch wie diese behandelt werden. Mit dem Eintritt der Bedingung beginnt bloß die Möglichkeit der Forderung, diese bloße Möglichkeit macht aber bei keiner Verbindlichkeit die Mahnung überflüssig; v. Madai a. a. O. S. 64 ꝛc. Dasselbe behauptet Schaffrath a. a. O. S. 30. auch dann, wenn zwar eine Zahlungszeit ausgemacht, diese aber von einem ungewissen und nicht vorauszusehenden Ereigniß abhängig gemacht ist, indem ein nicht im voraus bestimmter Tag (dies incertus) bei seinem Eintreten die Mahnung nicht überflüssig machen, sondern nur erst zu dieser berechtigen könne.

bigers abhängige Anforderung ausgesetzt seyn. Zwar findet man mehrmals, und zwar unter den älteren Schriftstellern schon von Contius (s. v. Madai a. a. O. S. 89.) und unter den neueren von v. Schröter a. a. O. u. Puchta Pand. §. 269. aus l. 49. §. 3. D. 45. 1. die Folgerung gezogen, daß die Vorausbestimmung eines Zahlungstermins die Mahnung nach Eintritt desselben nicht ersetze. Es heißt nämlich da: si promissor hominis ante diem, in quem promiserat, interpellatus sit, et servus decesserit, non videtur per eum stetisse. Gewiß ein sehr wahrer Satz, aber zu der vermeinten Schlußfolge offenbar nicht berechtigend. Es ist nämlich wohl ganz begreiflich, daß eine unbefugte Mahnung des Stipulators an den Promittenten, welcher zur Zeit zur Erfüllung nicht verbunden war, an der Verbindlichkeit nichts ändern, mithin auch eine nicht begründete mora nicht willkürlich erzeugen konnte; aber aus der Wirkungslosigkeit einer einseitig unzeitigen Anforderung kann doch wohl nicht die Unwirksamkeit einer mutuo consensu stabilirten Zeitbestimmung gefolgert werden. Sintenis Civilr. Bd. II. §. 93. Anm. 71. bestreitet eines der v. Vangerow'schen Argumente: „eine Interpellation könne unbestritten entweder so geschehen, daß der Gläubiger sofort Zahlung fordert, oder daß er dazu noch eine bestimmte Frist setzt, und Niemandem wird es einfallen, nach deren Ablauf erst eine nochmalige Interpellation für erforderlich zu halten. Ist nun eine solche Frist von Anfang herein festgesetzt, so könne die mora mit deren Ablauf noch viel weniger zweifelhaft seyn, als bei einer einseitigen Frist, weil dort eine Vertragsverletzung hinzukomme" damit, daß er entgegnet: „der Fall, wenn gar keine Interpellation geschehen, sondern eine Schuld in diem constituirt ist, leide mit dem einer Mahnung mit Fristgestattung keine Zusammenstellung." Sintenis weiß aber doch keinen Grund anzugeben, warum eine Stipulation mit Fristbestimmung eine geringere rechtliche Wirkung haben soll, als eine Zahlungsaufforderung mit Fristbestimmung, und widerlegt ebensowenig v. Vangerow's Grund dafür, daß die acceptirte Zeitfestsetzung noch stringenter seyn müsse, als die einseitige.

Während man doch für die Aestimation, in dem Fall, wo ein certus dies solutionis verabredet war, und die Leistung unmöglich wird, diesen dies certus als entscheidend anerkennt, l. 22. D. 12. 1. — l. 4. D. 13. 3. — l. 59. D. 45. 1. — während man zugesteht, daß das Recht, die für den Fall nicht rechtzeitiger Leistung verabredeten Zinsen zu fordern, zu seiner Geltendmachung nicht erst eine Interpellation nöthig mache, l. 9. §. 1. l. 17. §. 4. D. 22. 1., und ebensowenig

die Verwirkung einer Conventionalstrafe davon erst abhängig sey, l. 77. D. 45. 1. — l. 12. C. 8. 38.*); daß ferner die Wirkung des commissorischen Vertrags ohne vorgängige Interpellation eintritt, l. 4. §. 4. D. 18. 3.; daß gleicherweise, wenn die in einem constitutum debiti bestimmte Zahlungsfrist nicht eingehalten, mithin das Constitut gebrochen ist, der erste Anspruch ohne weiteres in seine ganze Kraft tritt, s. l. 16. §. 4. D. 13. 5., Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 841.; endlich wenn man den gesetzlichen Terminen die Wirkung einräumen muß, daß mora ohne Interpellation eintritt, l. 2. C. 4. 66., so möchte der Vorwurf einer Inconsequenz schwerlich abgelehnt werden können, wenn man die gleiche Wirksamkeit einer getroffenen Convention absprechen will, während überdem mehrere Gesetzstellen auf gleichförmige Behandlung verletzter Temporalverbindlichkeit hinweisen; l. 2. C. 4. 66. — cap. 4. X. de locat. cond. (3. 18.) — l. 33. l. 114. l. 135. §. 2. D. 45. 1. — l. 10. C. 4. 49. — l. 37. D. 17. 1. — l. 21. pr. §. 1. D. 13. 5. — l. 47. D. 19. 1. — l. 23. D. 44. 7. — l. 5. pr. D. 50. 10. Der erlittenen Angriffe ungeachtet hat daher der schon von den Scholiasten der Basiliken und des Harmenopul allgemein anerkannte, auch in den dem Reichsdeputations-Abschied v. J. 1600 zu Grunde liegenden Verhandlungen über die dubia cameralia (s. d. Anhang zu dem Ao. 1717 zu Wetzlar herausgegebenen Concept d. Kammergerichtsordn.) nachdrücklich hervorgehobene Lehrsatz dies interpellat pro homine die angesehensten Vertheidiger nicht nur unter den älteren, wie Cujacius**) und Donell. Comm. jur.

---

*) Die Verwirkung der Conventionalstrafe und der Verzugszinsen wird aber doch völlig gleichgestellt in l. 47. D. 19. 1.

**) Mit dessen Worten Thibaut a. a. O. schließt: verissimum est illud, quod vulgo dicitur, diem certum interpellare pro creditore, et in ea sententia omnino perstandum mihi videtur. Man muß sich daher sehr verwundern, während Seuffert Beitr. zur Gesetzg. S. 108. rühmend ausrief: „Thibaut hat den Satz dies interpellat pro homine gegen die angeregten Zweifel siegreich vertheidigt und nachgewiesen, daß er nicht nur in den positiven Gesetzen, sondern auch in der Natur der Sache begründet sey," nunmehr in Seuffert und Glück Bl. f. R.-A. Bd. I. S. 2. u. 9. den Rückschritt zu dem Gegensatz zu finden: „Im Zweifel sey gegen den Eintritt des Verzugs zu entscheiden." In dubio quod minimum est sequendum. Die Zweifel, welche hier daraus geschöpft werden, daß es zuweilen ungewiß sey, ob bei der Zeitbestimmung nicht bloß das Fälligwerden oder der Anfang der Befugniß, die Erfüllung zu fordern, beabsichtigt war, scheinen sehr gesucht, denn in solchem Fall wird auch die Art sich auszudrücken ganz anders seyn, z. B. wenn ich bedinge, daß die Zinsen oder Miethgelder halbjährig entrichtet werden sollen, — was sich allerdings mehr auf den modus solutionis bezieht. Wenn aber

civ. Lib. XVI. cap. 2., sondern auch unter den neueren, außer den bereits angeführten Schriftstellern, an Walch controv. j. c. pag 517. (Ed. 3.), Glück Thl. IV. S. 404., Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. Bd. II. §. 371., Roßhirt gem. deutsch. Civilr. §. 360., Francke civilist. Abh. S. 203., Mackeldey Lehrb. §. 345., Schilling Lehrb. f. Instit. Bd. III. §. 237. S. 62. und am umfänglichsten v. Madai Lehre v. d. mora §. 24. gefunden, und ist nicht nur ohne Zweifel — wie v. Vangerow a. a. O. S. 206. bemerkt — im Gewohnheitsrecht begründet, sondern auch in dessen Folge in den neueren Gesetzbüchern, z. B. dem Preuß. Landr. Th. I. Tit. 16. §. 20. 67. u 69., dem Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. §. 1334., Cod. Max. Bavar. civ. P. II. Cap. III. §. 21. no. 3., angenommen. Dasselbe bezeugt vom Würtemb. Recht Weishaar Handb. d. Würtemb. Privatr. Th. III. §. 990. „Ein Verzug ist von Seiten des Schuldners vorhanden, wenn er seine Verbindlichkeit nicht in dem, entweder bei Eingehung des Rechtsgeschäfts, oder dem nachher durch die Anforderung des Gläubigers, oder dem durch die Gesetze bestimmten Termine erfüllt hat." Damit stimmt auch die Praxis des Kurhess. O.=A.=G. überein, s. Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. VIII. S. 253., sowie der K. Sächs. Gerichte, s. Curtius Handb. des im Königreich Sachsen geltenden Civilr. Bd. III. §. 1174.; s. auch Erk. d. O.=A.=G. zu Wiesbaden in Seuffert's Archiv Bd. VI. S. 216. u. 320., wonach man wohl unbedenklich der Behauptung des neuesten Schriftstellers über diese Materie, Mommsen Beitr. z. Obl.=R. Abth. III. S. 98., wird beistimmen können, daß die alte Regel durch ein gemeines deutsches Gewohnheitsrecht befestigt und bekräftigt sey; wobei derselbe jedoch voraussetzt, daß der Schuldner verbunden war, den Gegenstand seiner Schuld zum Gläubiger hinzubringen, und kein gesetzlicher Ausnahmsfall vorhanden sey. Anders bestimmt der Art. 1139.*) des Code Nap., obwohl gegen den ersten Entwurf und nicht ohne leb=

---

auch die Absicht zweifelhaft seyn könnte, so wäre dies Gegenstand der Interpretation, und könnte am Princip darum nichts ändern, aber auch für die Auslegung würde, wenn für die Leistung ein bestimmter Zeitpunkt festgesetzt ist, der Grundsatz der l. 114. D. 50. 17. in obscuris inspici solere, quod verisimilius est, vielmehr zu der Annahme bestimmen müssen, daß den Contrahenten an dieser Zeitfrist etwas gelegen war, und daß der stipulator weiter hinaus nicht der Gefahr ausgesetzt seyn wollte.

*) Le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par un autre acte équivalent, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte, que, sans qu'il soit besoin d'acte et par seule échéance du terme, le debiteur sera en demeure.

haften Dissens; Maleville Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au conseil d'Etat. T. III. pag. 36. [Das Röm. R. betreffend, so gelangt Mommsen a. a. O. S. 97. zu dem Resultat, daß die Giltigkeit der Regel: dies interpellat pro homine für dasselbe nicht erwiesen sey und daher auch nicht angenommen werden könne, obwohl immer noch Zweifel übrig blieben. — Gegen Mommsen's Annahme eines entgegengesetzten deutschen Gewohnheitsrechts, für welches sich auch Arndts Pand. §. 251. Anm. 6. erklärt, sind jedoch Windscheid i. d. Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. III. S. 257 ff. u. Brinz Pand. I. S. 551. — v. Keller Pand. §. 252. bemerkt: „daß der Satz: dies interp. pro homine aus l. 114. D. 45. 1. nicht absolut folgt, ist richtig. Auf der andern Seite darf wohl auch im Römischen Sinne nicht absolut geleugnet werden, daß unter Umständen der bloße Eintritt des dies den Schuldner von der Unrechtmäßigkeit jeder Zögerung zu überzeugen geeignet ist, und insofern ist die Praxis, welche jenen Satz annimmt, nicht zu tadeln."]

Zu 3) Verneinend entscheidet Thibaut Syst. §. 98. unter Anführung von Schömann Handb. Bd. II. S. 232 ꝛc., Dinkler de debitore die solvendi destinato in ferias divinas incidente solvere obstricto. Lips. 1725.

Zu 4) Die Meinung Einiger, daß eine außergerichtliche Mahnung nicht hinreiche, Madihn Princ. jur. Rom. P. I. §. 121., Wernher sel. observ. for. T. II. P. VII. obs. 159. no. 3., ist, da die Gesetze selbst einen Unterschied nicht machen,*) dahin zu berichtigen, daß der gerichtliche modus blos um besseren Beweises willen vorzuziehen sey; s. Glück Thl. IV. S. 406. Bd. XIII. S. 294. und die dort angeführten Donell, Voet, Lauterbach, Hommel, Hofacker ꝛc., womit übereinstimmt v. Madai a. a. O. §. 9. S. 49., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 387. Anm. 3., v. Hartitzsch Entscheid. no. 445., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 142. (§. 102.), Schilling a. a. O. Bd. III. S. 62. Auch eine an sich ungeeignete Klage kann noch als außergerichtliche Interpellation wirken; Seuffert im

---

*) Mühlenbruch Lehrb. Bd. II. §. 371. behauptet zwar einen Unterschied, dahin, daß bei stricti juris obligationibus nach l. 4. D. 13. 3. ein außergerichtliches Mahnen nicht genügt habe, allein es ist da der Fall einer gerichtlichen Einklagung vorausgesetzt; daß aber bei allen oblig. stricti juris die Mahnung gerichtlich geschehen müßte, davon beweist das Gegentheil l. 23. 24. D. 45. 1. — v. Madai a. a. O. §. 12.; wäre es aber auch der Fall gewesen, so kommt doch darauf h. z. T. nichts an; Sintenis Civilr. Bd. II. §. 93. Anm. 61., Roßhirt Zeitschr. Bd. III. S. 20.

civilist. Archiv Bd. I. S. 243. Die gerichtliche Interpellation durch Klage bewirkt nach der richtigeren Meinung und in Consequenz der l. 5. D. 12. 1. moram erst mittels der Insinuation der Klage. Um den Schuldner durch die Interpellation in die Nachtheile des Verzugs zu versetzen, ist übrigens auch nach l. 32. D. 22. 1. erforderlich, daß sie opportuno loco geschehe. Wie dies zu verstehen sey, darüber sind die Meinungen seit der Glosse ad l. cit. verschieden; s. Wolff z. Lehre v. d. mora S. 280., v. Madai a. a. O. S. 40. Unbedenklich ist wohl mit Sintenis a. a. O. §. 93. Anm. 56. anzunehmen, daß die Mahnung nicht an einem die Schicklichkeit verletzenden und nicht an einem solchen Ort geschehen soll, wo der Schuldner gar nicht oder nicht sogleich leisten kann.

Zu 5) Da die eigene Kenntniß des Gemahnten absolut erfordert wird, um ihn in Verzug zu versetzen, so genügt die Interpellation, welche blos einem Familienglied, einem Procurator, einem Bediensteten geschieht, nicht, wenn nicht zugleich bewiesen wird, daß die Interpellation durch eine solche Mittelsperson wirklich dem Schuldner zur Kenntniß gebracht worden sey. Dies geht aus l. 20. §. 11. D. 5. 3. hervor; so auch aus l. 32. §. 1. D. 22. 1. und zwar, was die dem Procurator geschehene Interpellation betrifft, mit einer kleinen kritischen Emendation des Textes;*) Glück Thl. IV. S. 407., Klien D. de mora Cap. III. §. 4. no. 3., Sintenis a. a. O. §. 93. Anm. 59. Daß eine einzige Mahnung genüge, ist, ungeachtet des aus l. 32. §. 1. D. 22. 1. hervorgegangenen Zweifels, allgemein angenommen, Glück a. a. O. Anm. 24., v. Madai a. a. O. §. 9., sowie daß zufolge der angenommenen Personeneinheit die dem Erblasser geschehene Interpellation auch gegen den Erben Geltung behalte; v. Madai a. a. O. S. 59., Sintenis a. a. O. Sowie der Mündel in der Person des Vormunds, so muß eine juristische Person in der Person ihrer Vorsteher, und auch ein anderer Verein, welcher nicht gerade

*) Es heißt nämlich hier: non sufficit ad probationem morae, si servo debitoris absentis denunciatum est a creditore *procuratoreve* ejus. Eine bessere Lesart scheint es aber zu seyn, deren der Scholiast zur l. 32. der Basiliken T. III. pag. 383. erwähnt, wenn man statt procuratoreve vielmehr *procuratorive* liest; s. v. Madai a. a. O. §. 11. — War jedoch der Procurator des Gläubigers zum Geldempfang bevollmächtigt, so scheint kein hinlänglicher Grund vorhanden, um mit Pufendorf Obs. jur. univ. T. III. obs. 168. anzunehmen, daß auch dann der Schuldner beweisen müsse, daß der Gläubiger selbst von der Oblation Kunde erlangt habe, um den Gläubiger in moram accipiendi zu versetzen; s. l. 11. l. 12. D. 2. 14. — l. 34. §. 3. D. 46. 3., Glück Thl. IV. S. 409., Mevii Dec. P. VI. dec. 121.

die Rechte einer juristischen Person hat, auf gleiche Weise gemahnt werden; v. Madai a. a. O. §. 11.

Zu 6) Die Geschichte dieser alten und wenigstens bis auf die Glossatoren zurückzuführenden Streitfrage s. v. Madai a. a. O. §. 46., Haenel dissensiones Dominorum p. 138. §. 23., cf. Glossa ad l. 14. §. 1. D. 16. 3. s. v. interitum u. ad l. 12. §. 3. D. eod. s. v. periculo. Die Meinung des Johannes, daß der Säumige für jeden Zufall ohne Unterschied und unbedingt einstehen müsse, folgt zwar aus strenger Consequenz des gesetzlichen Princips: mora perpetuat obligationem, d. i. vom Eintritt des Verzugs an werde die Verbindlichkeit eine immerwährende, mithin von allen äußeren Umständen unabhängige, zählt aber nur noch wenige Vertheidiger; Cocceji Diss. de mora th. 27. Heidelb. 1685., Koch R. d. Ford. Bd. I. §. 34., Fritz zu v. Wening-Ingenheim Bd. II. S. 359., cf. Schilling in Schneider's kritischen Jahrbüchern v. J. 1838. S. 218. und vorzüglich v. Madai in der Lehre von der mora; dagegen die — wie dieser selbst anerkennt — communis opinio, einen factischen Zusammenhang zwischen mora und eventus als Grundbedingung für die Rechtsnachtheile des Verzugs betrachtend, den Säumigen alsdann nicht für verantwortlich erklärt, wenn die Sache auch dann, wenn dieselbe rechtzeitig übergeben gewesen wäre, also auch in den Händen des Gläubigers ihren Untergang nothwendig hätte finden müssen; l. 47. §. ult. D. de legat. I. (30.) — l. 14. §. 1. D. 16. 3. — l. 15. §. 3. D. 6. 1. — l. 40. pr. D. 5. 3. — l. 12. §. 4. D. 10. 4. und analog l. 14. §. 11. D. 4. 2. — Contius Tr. de divers. morae generibus cap. VIII., Klien Disp. jur. de mora cap. IV. §. 2., Cujac. Comm. ad tit. de V. O., s. Opera priora T. I. pag. 1208. u. 1387. (edit. Fabrot.), Donell. Comment. j. c. Lib. XVI. cap. 2. §. 15., Glück Thl. IV. S. 415. §. 330., Wolff zur Lehre v. d. mora S. 462., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 121., Roßhirt Zeitschr. Bd. III. S. 20., Schömann vom Schadenersatz Th. II. S. 59., v. Vangerow a. a. O. Bd. III. §. 588. und die Lehrbücher von Mühlenbruch Bd. II. §. 373., Thibaut §. 99. (Ed. 8.), v. Wening-Ingenheim Bd. II. S. 148. (104.), Mackeldey §. 346., Puchta §. 268. Nur darin weichen diese Schriftsteller unter einander ab, daß dieses Temperament nach Einigen dem Dieb und Räuber nicht zu Statten kommen soll; Glück a. a. O., Mackeldey a. a. O., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 388. S. 45., Puchta Pand. §. 268. Anm. c., Krug selecta de condict. furtiva capita p. 1—50., Andere aber auch bei dem Dieb und Räuber keinen

Unterschied machen; Thibaut a. a. O. §. 99., Braun zu Thibaut §. 103., v. Wening-Ingenheim a. a. O., v. Vangerow a. a. O. Bd. III. §. 588. S. 209., Mommsen Beitr. z. Obl.-R. Abth. III. S. 197.

In Ansehung der Frage, ob — wenn man nämlich der communis opinio folgt — der Kläger beweisen müsse, daß er Gelegenheit gehabt hätte, die Sache zu verkaufen, und daß er sie auch wirklich verkauft haben würde, folglich sie bei ihm nicht untergegangen wäre, oder ob die bloße Möglichkeit, daß er sie hätte verkaufen können schon genüge, kann man wohl Glücks Behauptung in Thl. VIII. S. 237., daß die meisten Rechtsgelehrten das Erstere statuiren, wofür Voet, Hofacker, Wernher und Cocceji citirt werden, unmöglich zugestehen. Die meisten Autoritäten sind vielmehr dafür, daß der Säumige beweisen müsse, daß die Sache, auch wenn sie abgeliefert worden wäre, bei dem Gläubiger von demselben Unfall betroffen worden seyn würde. Die von Glück a. a. O. vertheidigte unnatürliche und fast unerschwingliche Beweislast wäre eine den Gesetzen widerstreitende Begünstigung der mora, wie Donell. Comm. Lib. XVI Cap. II. §. 15. richtig bemerkt: si actor, cum petiit, rem accepisset vendere potuisset, et pretium lucrari, atque adeo id facturus fuisse existimatur tantum ideo, quia potuit, ne mora debitoris possessorisve illi noceat. Uebereinstimmend lehren: Prousteau Recit. ad l. 23. D. de R. J. Cap. 2. §. 24. in Meermann thesaur. T. III. p. 543., Contius Tr. de div. morae gener. Cap. VIII., Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 122., Koch a. a. O. Bd. I. §. 34., Seuffert Beitr. zur Gesetzg. S. 108., v. Vangerow Pand. Bd. III. S. 209. §. 588. und die Lehrb. von Mühlenbruch Bd. II. §. 373., v. Wening-Ingenheim Bd. II. S. 145. (§. 104.) Wenn Mommsen Beitr. z. Obl.-R. Abth. I. S. 269. Anm. 14. aus l. 15. §. 3. D. 6. 1. — l. 47. §. 6. D. de leg. I. (30.) — l. 14. §. 11. D. 4. 2. — l. 57. D. 24. 3. vgl. l. 20. §. 21. l. 40. pr. D. 5. 3. folgert, der Gläubiger müsse, sofern solches nöthig ist, beweisen, daß ein Verkauf möglich war, so ist doch dagegen mit v. Savigny System Bd. VI. S. 190. zu bemerken, daß diese Möglichkeit sich im Allgemeinen von selbst versteht, und nur in den seltenen Fällen, worin der Beklagte beweist, daß die Möglichkeit nicht vorhanden war, die durch sie begründete Entschädigungsverbindlichkeit wegfalle. Späterhin gesteht dies auch Mommsen selbst zu, s. Abth. III. S. 197., und will nur in dem Fall, wenn der Gegenstand ein solcher ist, dem ein bestimmter Werth im Verkehr nicht beigelegt werden kann, dem Kläger den Be-

weis aufbürden, daß sich ihm eine bestimmte Gelegenheit zum Verkauf dargeboten habe.

Zu 7) Außerdem tritt die Verbindlichkeit hinzu, die Früchte der Sache und jedes Interesse zu prästiren. Daß dafür bei Geldschulden nach l. 19. D. 18. 7. nur der gewöhnliche Zinsenertrag*) genommen werden soll, weil es für hypothetischen Gewinn durch Umwandlung im Handel keinen verlässigen Maßstab gibt, schließt nicht aus, daß insoweit, als es möglich ist, ein unmittelbares positives Interesse der entweder nicht oder nicht zu gehöriger Zeit, oder am gehörigen Ort geleisteten Erfüllung zu beweisen, dieses auch über den Betrag der gesetzmäßigen Zinsen hinaus vom Säumigen zu prästiren sey, l. 2. §. 8. D. 13. 4. cf. l. 17. §. 1. D. 6. 1., was besonders durch den Reichsabschied v. J. 1600. §. 139. außer Zweifel gesetzt ist; v. Madai a. a. O. S. 383., Unterholzner a. a. O. S. 124., Hufnagel Mittheilungen Bd. I. S. 96.

a) In Ansehung der Früchte hält zwar v. Madai a. a. O. §. 51. S. 337. dafür, daß die Verbindlichkeit des Säumigen auf fructus perceptos einzuschränken sey, weil fructus percipiendos s. neglectos nur der malae fidei possessor zu vergüten schuldig ist, als solcher aber nur derjenige betrachtet werden könne, welcher mittels Diebstahls oder gewaltsamer Besitzergreifung in eine mora ex re verfallen ist. Dagegen halten fast alle Rechtslehrer den Säumigen, ohne Unterschied zwischen mora ex re oder ex persona, auch für fructus percipiendi verantwortlich; Mühlenbruch Lehrb. Bd. II. §. 373., Schilling Lehrb. Bd. III. §. 238. Anm. l., Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 124. Diese Meinung scheint auch die richtigere zu seyn, denn daraus, daß der bonae fidei possessor nicht auch fructus percipiendos ersetzt, folgt nicht, daß der Säumige davon frei sey, von welchem nicht, wie von Jenem, gesagt werden kann, rem quasi suam neglexit. Die l. 17. §. 1. D. 6. 1. sagt ja ausdrücklich: si moram fecerit — non solum fructus, sed etiam omnem causam praestandam. Dem Gläubiger kommt das ganze Interesse zu; l. 114. D. 45. 1. Umfänglich ist diese Ansicht von der Facultät in Breslau ausgeführt; s. Rehrhoff Archiv Bd. II. S. 289. Die Natur

*) Bei andern fungiblen Sachen wird ein s. g. Aufmaaß als accessio zur Vergütung des Verzugs statuirt; l. 12. l. 16. l. 25. C. 4. 32., Gottschalk Disc. for. T. I. Cap. XIV. — Nov. 34. c. 1.

der Sache bringt es auch hier mit sich, gemäß l. 62. §. 1. D. 6. 1. nicht darauf, wie viel der Säumige Vortheil erlangt, sondern wie viel Nachtheil der Berechtigte erlitten hat, zu sehen.

Als Wirkungen der mora findet man häufig angegeben:

b) daß der Andere die Gegenleistung zurückhalten könne, s. Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 125., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 146. (§. 105.), Thibaut System §. 99.; indessen bemerkt hier v. Madai a. a. O. §. 55., daß dies nicht eine eigenthümliche Wirkung der mora, sondern vielmehr auf die exc. non adimpleti contractus zu beziehen sey;

c) daß der Gläubiger ganz vom Vertrag zurücktreten könne, wenn das nicht zur rechten Zeit eingetretene factum ihm nun ganz unnütz geworden ist; Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 388. S. 46., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 173. (§. 129.), Glück Thl. IV. S. 417., Thibaut Syst. §. 99. Dies will zwar v. Madai a. a. O., v. Hartitzsch Entscheid. no. 446. und Schilling a. a. O. §. 238. Bd. III. S. 69. nur als Wirkung des commissorischen Vertrags, aber nicht als rechtliche Folge der mora gelten lassen, Madai a. a. O. §. 55.; indessen bleibt wenigstens unbestreitbar, daß jede Verbindlichkeit präzis erfüllt werden muß, mithin auch suo tempore, wenn eine Zeitbestimmung im Vertrag gegeben ist, woraus folgt, daß eine Gegenleistung nicht gefordert werden kann, wenn der Andere schuldhaft außer Stand gekommen ist, zeitgemäß zu leisten; l. 24. §. 4. D. 19. 2., Treitschke d. Kaufcontr. in besond. Bez. auf den Waarenhandel §. 63. Seuffert's Archiv XI. No. 141. 230. 232. XIV. No. 123.

d) Der Schuldner soll bei einer obligatio alternativa das ihm zugestandene Wahlrecht verlieren, und dieses vielmehr auf den Gläubiger übergehen. So allgemein, wie Glück Thl. IV. S. 417. dies behauptet, ist der Satz gewiß nicht richtig. Die von ihm citirte l. 95. pr. u. §. 1. D. 46. 3. hat nicht einmal den Fall, wo der Schuldner, sondern wo der Gläubiger das Wahlrecht zwischen zwei versprochenen Sclaven hatte, vor Augen, und spricht blos die perpetuatio obligationis in dem bereits von demselben gewählten, aber während eines Verzugs des Verpflichteten untergegangenen Wahlgegenstand aus: si mora facta sit in eo mortuo, quem petitor elegit; tunc enim

perinde solus ille, qui decessit, praebetur, ac si solus in obligationem deductus fuisset. Andere beschränken deshalb den Verlust des Wahlrechts nur auf den von Glück nur beispielsweise angeführten Fall, wenn der Zahlungsort zu Gunsten des Schuldners alternativ bestimmt war; Thibaut System §. 99., Braun zu Thibaut §. 103. S. 123., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 146. (§. 105.) Anm. c. mit Bezug auf l. 2. §. 3. 4. D. 13. 4. Genau betrachtet erscheint aber hier der Verlust des Wahlrechts nicht als Folge der mora, sondern der bereits erfolgten Klagstellung; petitorem electionem habere, ubi petat, reum, ubi solvat (sc. ante petitionem.), v. Madai a. a. O. §. 55. S. 396 ff.

e) Indem bei Sachleistungen die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung auf den Säumigen übergeht, muß er sich desfalls der Aestimation unterwerfen. Diese richtet sich, nach der Meinung der meisten Rechtsgelehrten,

α) rücksichtlich des Zeitpunktes: wenn ein dies solutionis ausgemacht war, nach diesem, l. 4. D. 13. 3. — l. 59. D. 45. 1. — l. 22. pr. D. 12. 1., v. Madai a. a. O. S. 313., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 146. (§. 104.), Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 46. §. 388.; außerdem entscheidet der Zeitpunkt der Verurtheilung, oder auch der, da contractmäßig die Uebergabe gefordert werden konnte, l. 3. §. 3. l. 21. §. 3. D. 19. 1. — l. 3. D. 13. 3. — l. 3. §. 2. D. 13. 6., mithin der Anfangspunkt der mora, wenn damals die Sache mehr werth war, v. Madai a. a. O. S. 315., vergl. v. Buchholtz jurist. Abhandl. S. 382. Der Gläubiger hat die Wahl zwischen dem Zeitpunkt des Beginns der mora und dem Zeitpunkt des Urtheils; v. Savigny System Bd. VI. §. 275., Mommsen a. a. O. Abth. III. S. 210. Ist die Sache zur Zeit der Verurtheilung schon zu Grunde gegangen oder deteriorirt, so muß wohl der höchste Werth vergütet werden, den die Sache vom Anfang des Verzugs bis zu ihrem Untergang oder der Verschlechterung hatte; Glück Thl. XIII. S. 293., Seuffert's Archiv XIII. No. 240.

β) Bezüglich verschiedener Ortspreise soll in bonae fidei judiciis auf den Ort, wo geleistet werden sollte, oder wo geklagt wird, gesehen werden, je nachdem die Sache da oder dort einen höheren Werth hatte; l. 3. §. 3. D. 19. 1.

Zu 8) Die mora accipiendi kann bekanntlich auf verschiedene Art entstehen: a) durch das Ausbleiben des Gläubigers an dem Ort oder zu der Zeit des verabredeten Empfangs; l. 18. pr. D. 13. 5., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 390. Z. B. ein Austrägler, welcher auf dem Bauernhof täglich oder wöchentlich gewisse Consumptibilien zu empfangen hatte, zog in einen anderen Ort, und da nun die Leistung wegen seines Außenbleibens unterblieb, so hielt er sich zur völligen Nachforderung berechtigt, indem der Pflichtige sich nur durch Deposition hätte liberiren können. Er wurde vom Gericht aus dem Grund abgewiesen, weil dies nur auf Geldschulden anwendbar sey. Dagegen behauptet Thibaut im civil. Archiv Bd. V. S. 332. die Anwendbarkeit bei allen beweglichen Sachen, und Mommsen Beitr. z. Obl.-R. Abth. III. S. 313. bei allen solchen beweglichen Sachen, welche ebenso leicht wie das Geld sich transportiren lassen. Hierbei ist aber noch zu bemerken: es gibt Verbindlichkeiten, welche zu ihrer Erfüllung überhaupt eine Mitwirkung des Gläubigers voraussetzen, durch deren Unterlassung vielmehr er selbst in mora verfällt. Es gibt ferner Verbindlichkeiten, bei welchen die Leistung dergestalt an eine gewisse Zeit gebunden ist, daß eine Erfüllung zu späterer Zeit durch die Natur der Sache ausgeschlossen ist. Hier hat die Nichtannahme den Charakter einer völligen Verhinderung der Leistung; s. Mommsen a. a. O. Abth. II. S. 137. Mora creditoris kann ferner entstehen b) wenn es erst auf Berechnung und Auseinandersetzung des Schuldverhältnisses ankommt, durch die vom Schuldner an den Gläubiger gerichtete Aufforderung zur constitutio liquidi; l. 4. C. 5. 56., Glück Thl. IV. S. 410., Mackeldey Lehrb. §. 345. c) Oblation, wenn nämlich der Debitor genau so offerirt, als er zu zahlen schuldig ist.*)

Wie nun aber zu offeriren ist, liegt außer Zweifel, wenn der Gegenstand der Leistung in einer unbeweglichen Sache besteht, denn da genügt von selbst evacuatio possessionis unter Anzeige an den

---

*) Folglich zur gehörigen Zeit, am gehörigen Ort, und nicht blos theilweise. Nach Umständen wird auch eine specifique Oblation gefordert (z. B. bei Papieren nach Serie, Buchstabe, Nummer), um die Identität zu versichern, wenn das Object ein Unfall träfe; Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. III. S. 407. Etwelche Verspätung soll auch nicht absolut den Gläubiger zur Verweigerung der Annahme des Versprochenen berechtigen, wenn ein wirkliches Interesse durch die Verspätung nicht verletzt, oder für ein etwaiges Interesse zugleich die Entschädigung angeboten wird; Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 129.

Empfangsberechtigten, Glück a. a. O. S. 408.; auch wohl unter Beiziehung von Zeugen bei der Evacuation, Stryck Us. mod. Lib. XLVI. tit. 3. §. 16. Ebenso unzweifelhaft genügt wörtliches Erbieten zur Leistung, wenn eine Handlung Gegenstand der Verbindlichkeit ist, ausgenommen jedoch im Fall der Schuldner, welcher Dienste zu leisten hat, verpflichtet ist, sich zu diesem Behuf beim Gläubiger persönlich einzustellen, denn da muß er sich, mit den nöthigen Werkzeugen ausgerüstet, einfinden; s. Mommsen a. a. O. Abth. II. S. 142., dagegen ist auch nicht immer, wie Glück a. a. O. S. 408. lehrt, Real-Oblation durchaus nöthig, wenn eine bewegliche Sache zu prästiren ist. Bei der Streitfrage, ob hier Real-Oblation erforderlich sey, ist vielmehr die vorherrschende und auch wohl die richtige Meinung, daß das Hinbringen des Gegenstands zu dem Empfangsberechtigten nicht bei allen Verpflichtungen zur Leistung beweglicher Sachen als absolute Bedingung behauptet werden kann, um den Andern in mora accipiendi zu versetzen, insbesondere alsdann nicht, wenn dieser absolut die Annahme verweigert*), und weder die Ansicht des Gegenstandes, noch weitere Ueberzeugung darüber verlangt, daß der Verpflichtete wirklich in Bereitschaft sey, zu geben, was und wie er es schuldig ist; Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 390., Stryck l. c., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 129. cf. l. 72. pr. D. 46. 3. — l. 9. C. 8. 43.; wohl aber dann, wenn der Schuldner nach der Beschaffenheit des Vertrags verbunden war, da, wo der Gläubiger sich befindet, zu erfüllen, oder die Verbindlichkeit ausdrücklich auf ein Ueberbringen gerichtet war. Z. B. wenn es heißt: „medio April liefern Sie mir," muß wohl der Gegenstand überbracht werden; Koch R. d. Forder. Bd. I. §. 34., Schweppe a. a. O. Bd. III. §. 390., Lotz de morae initio pag. 63., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 144. (§. 103.), Thibaut System §. 101., v. Madai a. a. O. §. 37. Ueberhaupt ist die rechtliche Voraussetzung der mora creditoris: „ut appareat, per debitorem non stare, quo minus impleatur obligatio" mehr zu einer quaestio facti als juris geeignet. Wesentlich ist hierbei, daß der Schuldner mit der Erklärung, leisten zu wollen, auch die Aufforderung zur Empfangnahme verbunden habe; Sintenis Civilr. Bd. II. §. 93. S. 215. In Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. III. S. 407. wird es, um den Käufer von Actien in mora accipiendi zu versetzen, für genügend erachtet, wenn

*) Denn hier geht ja das Hinderniß der Erfüllung schlechterdings vom Gläubiger aus.

ihm vom Verkäufer die Ablieferung gewisser nach Serie, Buchstabe, Nummer, einzeln angegebener Stücke angetragen worden ist. — Darüber, daß Deposition zwar zur Liberation von einer Verbindlichkeit, aber nicht auch schon, um den Empfangsberechtigten in moram zu versetzen, wie Höpfner Instit. §. 755. lehrte, nothwendig sey, ist man nun wohl ziemlich einig; s. Thibaut im civil. Archiv Bd. V. S. 332., desselben System §. 101., Braun Erört. dazu §. 105. S. 128. Vergl. Seuffert's Archiv XII. No. 256. XV. No. 11.

Zu 9) Es ist vorhin bemerkt worden, daß in der Regel gerichtliche Deposition erfordert werde, um den Schuldner gegen den die Annahme verweigernden Gläubiger gänzlich zu liberiren, und wenngleich Manche dies nur von Geldschulden verstehen wollen, Zimmern im civil. Archiv Bd. III. S. 121., so muß man doch wohl der Glosse und der gemeinen Meinung dahin folgen, daß dies jeder Art von beweglichen Sachen gelte; Thibaut ebend. Bd. V. S. 332. Es ist ferner bemerkt worden, daß ungerechte Weigerung des andern Theils, den Vertrag zu erfüllen, mich nur zur Erfüllungsklage, aber nicht zum Rücktritt vom Vertrag berechtige.

Diese Sätze wären aber ohne gehörige Unterscheidung vielmehr öfter geeignet, das Recht zu ertödten, als es zu pflegen. Der eigenthümliche Charakter der Lieferungsgeschäfte auf Zeit muß auch eigenthümliche Wirkungen erzeugen. Man setze den Fall: A. verspricht dem B. ihm am 1. April 50 Stück Metalliques zu 95 Proc. zu liefern; B. verweigert zur stipulirten Zeit die Annahme und folglich auch die Zahlung, weil ihm der inzwischen auf 75 Proc. gefallene Cours großen Verlust brächte. Soll nun A. genöthigt seyn, die 50 Stück Metalliques im gerichtlichen Depositorium zu begraben, und statt der Hoffnung auf baare Zahlung noch obendrein der Gefahr eines unberechenbaren Verlustes an diesen Metalliques, welche während der langen Dauer des Processes noch gar tief sinken können, unterliegen, für welche ihn zu entschädigen der Säumige immer weniger vermögend seyn wird? Oder A. verspricht dem B. 50 Stück Metalliques medio Aprils für 75 Proc. zu liefern, kann aber sein Wort nicht halten, weil der inzwischen auf 95 Proc. gestiegene Cours ihm die Anschaffung unerschwinglich macht. Soll nun B. nur auf Erfüllung, mithin auf die reelle Ablieferung klagen können, obgleich der spätere Empfang vielleicht seinem Zweck und Vortheil gar nicht mehr entspricht, und diese Metalliques am Ende des Processes nur halbsoviel

werth seyn können? Auf welche morsche Krücken wäre da das gute Recht gestellt? Man wird vielmehr im ersten Fall entscheiden müssen:

A. sey berechtigt, durch einen Mäkler auf der Börse die 50 Stück Metalliques ungesäumt verkaufen zu lassen, und das Differenz-Quantum zwischen dem nunmehrigen Erlös und dem von B. versprochenen Preis gegen diesen einzuklagen;

und im zweiten Fall:

B. brauche nicht auf eine verspätete Erfüllung zu klagen, sondern könne den Vertrag als vereitelt betrachten und deshalb schlechthin auf Schadloshaltung bezüglich der Cours-Differenz des Lieferungstages klagen.

Der Einwand, welcher besonders gegen die erste Entscheidung aus den zuvor angeführten Rechtssätzen geschöpft werden möchte, wird sich durch die Betrachtung heben, daß sie nicht allgemein für alle Arten von Rechtsgeschäften geltend angesehen werden können, während viele andere Gesetzstellen vielmehr der Grundsatz aussprechen, daß derjenige, welcher die Annahme einer versprochenen Leistung ungerecht verweigert und so auch von seiner Gegenleistung nichts wissen will, ebenso angesehen werden müsse, als habe er die Leistung wirklich empfangen, so daß also dem Promittenten nun nichts weiter obliegen kann, dieser sich vielmehr der Aufbewahrung der versprochenen Sache, wenn sie ihm lästig ist, auf bestmögliche Weise (mithin auch durch Verkauf) entledigen darf. Dieser Grundsatz ist bei allen Verbindlichkeiten, in welchen die Zeitbestimmung einen wesentlichen und folglich untrennbaren Theil ausmacht, von der Vernunft postulirt, und in den Gesetzen mehrfach,*) am frappantesten aber in den bekannten l. 1. §. 4. l. 2. l. 4. D. 18. 6. sanctionirt, welche zwar zunächst einen speciellen Fall verkaufter Weine zum Gegenstand haben, aber durch den Beisatz vel his similia zur Anwendung auf gleichartige Fälle nicht minder berechtigen;**) Sintenis Civilr. Bd. II. §. 93. S. 214.,

*) l. 9. D. 46. 3. si — debitor solverit, vel per actorem steterit, quo minus accipiat, liberatur. — l. 72. D. 46. 3. pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse. — l. 105. D. 45. 1. si per debitorem mora non esset, quo minus id, quod debeat, solveret, continuo cum debito liberari. — l. 39. D. 50. 17. in omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium mora sit, quo minus fiat.

**) Man kann daher wohl nicht beistimmen, wenn v. Madai a. a. O. S. 470. die Bestimmung der l. 1. §. 4. cit. nur als eine singuläre in Betreff des Weinverkaufs betrachtet, sondern nur behaupten, daß die Fälle ganz gleichartig seyn müssen. So spricht auch die von Madai angeführte l. 8. D. 33.

Bender über den Verkehr mit Staatspapieren §. 34., Souchay in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 448. [A. D. Handelsgesetzb. Art. 354—358.]

Die rechtliche Bedeutung der s. g. Erlöschungs-Clausel in den Engagementsbriefen: „zu liefern 2000 Fl. in 80 Stück Metalliques zum Course von 97 Proc. fix am 30. April und erlischt mit dem 1. Mai das Engagement," ist zwar verschiedener Auslegung fähig. Die Rechtsgelehrten haben darin ein pactum commissorium gefunden, welches von der gewöhnlichen lex commissoria, durch welche der Verkäufer beim Saumsal des Käufers berechtigt, aber auch nur berechtigt, nicht bemüssigt, wird, den Verkauf ungeschehen zu machen, nur insofern abweicht, daß diese lex commissoria nur im Interesse des Verkäufers beigefügt ist, die Erlöschungs-Clausel aber im Interesse beider Theile. Die Folge ist dann im gesetzten Fall: wenn kein Theil vor dem 1. Mai zum Vollzug schreitet, wenn nämlich weder der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises, noch der Verkäufer zur Uebergabe der verkauften Waaren sich bereit erklärt hat, so kann mit dem 1. Mai kein Theil mehr die Vollziehung forderu. Wie aber, wenn der eine Theil auf Vollziehung anträgt und den Säumigen am 30. April interpellirt? Man könnte glauben, die im Interesse beider Theile beigefügte Erlöschungs-Clausel befreie nun auch den säumigen Käufer von weitern Ansprüchen auf Coursdifferenz und Courtage beim Weiterverkauf der Papiere, es sey mithin jedwedes Recht aus dem Vertrag erloschen, Bender a. a. O. §. 38., zumal in der lex commissoria nicht auch die Befugniß des Verkäufers liegt, wenn er nun die Sache anderweit verkauft, seinen ersten Contrahenten für den Mindererlös in Anspruch zu nehmen, wofern die Parteien nicht darüber in der lex commissoria besonders übereingekommen sind; l. 4. §. 3. D. 18. 3. — Es dringt sich aber wohl von selbst dem Gefühl auf, daß es mit der Erlöschungs-Clausel nicht so gemeint seyn konnte, und daß die Absicht der Contrahenten bei der Errichtung des Geschäfts nicht zugleich auf dessen willkürliche Annullirung gehen mochte. Vielmehr wird die lex commissoria nur gegen den Säumigen

---

6. nicht geradezu dagegen: „wenn dem A. der Wein vermacht ist, der sich in den Fässern befindet, und es lag nur an ihm, ihn in Empfang zu nehmen, so würde der Erbe zwar auf seine Gefahr handeln, wenn er den Wein wegschüttete, der A. würde aber mit der exc. doli zurückgewiesen werden, wenn er den Schaden, welchen der Erbe durch seine Zögerung erlitten, nicht ersetzen wollte." Es kommt nämlich nur darauf an, ob das Zeitverhältniß ein so wesentlicher Bestandtheil des Geschäfts ist.

wirksam; der nicht säumige Verkäufer konnte, wenn er wollte, in seinem Interesse dieselbe gegen den säumigen Käufer wirksam werden lassen, er war aber dazu nicht genöthigt, und indem er den Käufer zeitig zur Uebernahme der Papiere und Zahlung hat auffordern lassen, hat er die bestimmteste Erklärung gegeben, daß er den Vollzug des Kaufes wolle, und demgemäß leitet er sein Recht auf das nach der Coursdifferenz berechnete Interesse nicht aus der lex commissoria, sondern aus den allgemeinen Grundsätzen über die praestatio des id quod interest her; s. vorzüglich Linde Zeitschr. Bd. III. S. 25. In dem Handelsgebrauch ist daher der Sinn der Erlöschungs-Clausel entschieden dahin angenommen: „der nicht säumige Contrahent soll bei der mora des andern nicht mehr an den Contract gebunden seyn. Das Engagement ist erloschen für die Zukunft, nicht für die Vergangenheit, d. h. der Anspruch des nicht säumigen Contrahenten auf das Interesse wegen nicht erfüllten Vertrags besteht, ohne daß der Säumige aus dem für ihn verwirkten Vertrag die Einrede hat, daß der Kläger erst seiner Seits erfüllen solle; Thöl Handelsr. Bd. I. §. 86., Ladenburg i. d. Zeitschr. f. Hand.-R. III. S. 442., Souchay a. a. O., Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. VI. S. 398.*)

Zu 10) Der Schuldner wird in Folge der mora creditoris in accipiendo von seiner Verbindlichkeit durch jede Unmöglichkeit der Leistung, welche ohne seinen dolus oder culpa lata (welche dem Gläubiger zu beweisen obliegt, s. v. Madai a. a. O. S. 459.) herbeigeführt wird, befreit; s. Gesterding Ausbeute v. Nachforsch. Thl. I. no. 9. Er braucht also nicht mehr custodiam et diligentiam zu prästiren, l. 5. l. 17. D. 18. 6. — l. 9. D. 24. 3. — l. 72. pr. D.

*) Ueber den Zeitpunkt der Aestimation des Interesse kann bei solchen auf einen bestimmten Tag gerichteten Verbindlichkeiten wohl kein erheblicher Zweifel obwalten. Wenn der Käufer die an ihn verkauften Papiere nicht übernimmt und bezahlt, so fordert der Verkäufer mit Recht die Coursdifferenz des bestimmten Tages. In einem a. a. O. angeführten Fall hatte der Kläger die Preisdifferenz nach dem Cours berechnet, der in der Zeit vom Lieferungstag bis zur Klagstellung der günstigste war. Der oberste Gerichtshof Bayerns verwarf dies als Pluspetition, insoweit das Begehren auf eine, die nach den Coursen des Lieferungstags zu berechnende Preisdifferenz übersteigende Summe ging; Seuffert u. Glück a. a. O. tadeln diese Entscheidung, aber gewiß mit Unrecht, denn es wird von Niemand bezweifelt, daß da, wo der obligatio ein dies beigefügt ist, das Interesse der Nichterfüllung nach diesem dies zu bemessen ist; l. 4. D. 13. 3.

46. 3. daher auch nicht für fructus neglectos, sondern nur perceptos zu haften und kann sich der Bewahrung der Sache, wenn sie ihm lästig wird, auf die bestmögliche Weise entäußern; l. 1. §. 3. 4. D. 18. 6., Mühlenbruch Lehrb. Bd. II. §. 373., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 145. (§. 104.) Anm. w., Glück Thl. XVII. S. 181. Jedoch gilt dies wohl nicht so unbedingt, wie es nach l. 12. D. 18. 6. scheint, vielmehr setzt l. 1. §. 3. eod. fest und ist demnach auch im folgenden §. 4. zu subintelligiren, daß der Schuldner den Gläubiger zuvor verwarnt habe, und jener muß immer dasjenige Mittel ergreifen, was dem Gläubiger am wenigsten Schaden bringt; Mommsen Beitr. z. Obl.-R. Abth. III. S. 312. Der nachtheilige Einfluß, welchen der Verzug des Gläubigers für ihn hat, wenn er den Werth der Sache zu fordern hat, besteht darin, daß er sich mit dem geringeren Preis begnügen muß, den die Sache entweder an dem Ort, wo sie ihm zu übergeben gewesen wäre, oder am Ort der Klagstellung hat. Wie die Aestimation der Zeit nach geschehen müsse, darüber sind die Ansichten verschieden. Gewöhnlich wird behauptet, der Gläubiger könne nur den geringsten Preis fordern, welcher vom Anfang des Verzugs bis zur Klagstellung stattgefunden hat; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. V. no. 276., Schweppe a. a. O. Bd. III. §. 390., Thibaut System §. 99., v. Wening-Ingenheim a. a. O. S. 144., Glück Thl. XIII. S. 297. Allein im Zusammenhalt der l. 37. D. 17. 1. — l. 3. §. 4. D. 19. 1. gelangt man wohl auf kein anderes Ergebniß, als: der zu vergütende Werth richtet sich in der Regel nach der Zeit der Klaganstellung, woraus aber nicht folgt, daß dieser Preis auch dann zum Grund gelegt werden soll, wenn früher ein geringerer Preis gegolten hat; Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 131. vergl. Schilling Instit. Bd. III. §. 238., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 93. S. 212., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. XI. no. 563. Als eine specielle Folge der mora accipiendi wird von Manchen angegeben, daß in deren Folge die dem Gläubiger von dem Schuldner bestellte antichresis erlösche, Voet Comm. Lib. XXII. tit. 1. §. 28., Klien D. de mora Cap. IV. §. 5.; allein nach richtiger Erklärung der dafür angeführten l. 11. C. 4. 32. kann dies nur als Folge der Deposition des schuldigen Geldes, post oblatam jure pecuniam, verstanden werden, v. Madai a. a. O. S. 471.

Indem der Uebergang der Gefahr vom Schuldner auf den Gläubiger eine regelmäßige Wirkung der mora creditoris ist, wird man den Einfluß, den die mora des Gläubigers auf die Bürgschaft hat, dahin annehmen müssen, daß, wenn nach verweigerter Annahme der Gläu-

biger später dennoch Klage gegen den Bürgen erhebt, diesem exc. doli dagegen zusteht; Mommsen a. a. O. Abthl. III. S. 292.

Zu 11) Hier glauben Mehrere zweierlei Fälle unterscheiden zu müssen:

a) wenn beide Theile gleichzeitig sich in mora befinden, z. B. wenn der eine und der andere zu bestimmter Zeit und am bestimmten Ort sich zu einer Leistung und Gegenleistung einzufinden hatten, und beide ausbleiben. Fritz im civil. Archiv Bd. X. S. 155. nimmt hier bezüglich l. 51. pr. D. 19. 1. an, daß keine mora debitoris, wohl aber mora creditoris mit allen ihren Wirkungen eintrete; s. dagegen die Recension in der Tübinger Zeitschrift Bd. IV. S. 51. und Braun zu Thibaut §. 104. S. 127., Glück Thl. IV. S. 425. Andere lassen Compensation eintreten, Glück a. a. O., Braun Erörter. zu Thibaut §. 104. S. 127., Thibaut Versuche Bd. II. no. 14. S. 297. Im Resultat auf dasselbe hinauslaufend ist die dritte und wohl richtigste Ansicht, welcher auch Sintenis Civilr. Bd. II §. 93 a. E. beistimmt, eine gleichzeitige mora gibt es gar nicht; unterlassen beide Theile, was ihnen nach der Obligation zukömmt, so tritt dadurch allein noch keineswegs eine mora ein, es bleibt vielmehr Alles in der vorigen Lage, es kann daher

b) nur von einer successiven mora die Rede seyn. — War nämlich ein Theil wirklich in mora, purgirt aber moram, und hebt sie durch Erfüllung der obligatio nebst Erbieten zu Allem, was er in Folge der bisherigen mora zu leisten hat, auf, l. 73. §. 2. l. 91. §. 3. D. 45. 1., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 126., so würde nun der andere Theil durch Zurückweisung der purgirenden Leistung oder Erbietung in moram versetzt werden. Dieser letzte Verzug wäre dann allein wirksam, indem der frühere als purgirt erscheint; l. 17. D. 18. 6. — l. 72. pr. D. 46. 3. — l. 26. D. 24. 3., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 147. (§. 106.), Puchta Pand. §. 270., Mackeldey Lehrb. §. 346., Schömann vom Schadenersatz Thl. II. S. 27.

Zu 12) Der unbedingten Novation ist die Wirkung der purgatio morae unbestritten beigelegt, l. 8. pr. l. 15. D. 46. 2. [u. l. 17. D. 13. 1. Römer d. bedingte Novation (1863), S. 142—159. Freilich kann durch eine entsprechende Fassung des Novationsvertrags die Haftung des Schuldners für das Interesse genau in dem Um=

fange festgestellt werden, wie er vermöge seiner Mora in Erfüllung der alten Obligation für das Interesse gehaftet hatte; in diesem Falle haftet er also namentlich für den Untergang und die Beschädigung des zu leistenden Objektes durch casus, für die s. g. fructus percepti und percipiendi, für Zinsen, für den zufälligen Erwerb; allein diese Haftung ist nicht mehr eine Haftung ex mora, sondern eine vertragsmäßige; s. Römer a. a. O. S. 160. Ebenso werden auch die bereits eingetretenen Wirkungen der Mora durch Novation beseitigt, weil sie ohne die prior obligatio nicht geltend gemacht werden können, deren bloße Erweiterung sie sind; s. Römer a. a. O. S. 163. Dazu Mommsen Beitr. z. Obl.=R. III. S. 46—48.]

Bei der bedingten Novation ist es zweifelhaft, weil die bedingte Novation doch erst mit Eintritt der Bedingung wirksam werden kann, l. 14. D. 46. 2.; allein vermöge der auch in einer bedingten Novation liegenden Oblation dessen, was man schuldig ist, wird in l. 72. §. 1. u. 3. D. 46. 3. angenommen, daß dadurch die frühere mora purgirt sey, vorausgesetzt nämlich, daß zur Zeit der Novation der Gegenstand der Leistung noch in der Gewalt des Promittenten lag, denn sonst konnte er ihn ja auch nicht offeriren, Römer a. a. O. S. 212. Nach l. 31. pr. D. 46. 2. soll aber die bedingte Novation den Säumigen nicht gegen das periculum interitus schützen, vergl. l. 56. §. 8. D. 45. 1.

Bei den römischen Rechtsgelehrten vermißt man indessen volle Uebereinstimmung ihrer Ansichten. Die Neueren sind meist der Ansicht, daß die bedingte Novation immer eine purgatio morae zur Folge habe. Tritt die Bedingung ein, so versteht sich von selbst, daß sie nach allen Seiten hin wirksam werden müsse; deficirt sie, so bleibt die alte Obligation ohne Zweifel in Wirksamkeit. Es fragt sich demnach nur: ob die Wirkungen der mora für die Zeit von der Eingehung der bedingten Novation bis zur Entscheidung der Bedingung fortgehen. Nun begibt sich aber der Gläubiger, welcher die bedingte Novation eingeht, seines Rechts, die Erfüllung der alten Obligation zu verlangen, bis es sich entscheidet, ob die Bedingung vereitelt wird. Hierin liegt ohne Zweifel eine Fristbewilligung, welche für diese Zeitfrist jeden Vorwurf schuldvoller Verzögerung von dem Schuldner abwendet. Geht nun der Gegenstand ohne ein von ihm zu prästirendes Verschulden unter, so wird dadurch die alte Obligation aufgehoben, die neue kann aber nicht entstehen, weil das Zustandekommen der Novation eine bestehende Obligation voraussetzt; s. Mommsen a. a. O. Abschn. III. S. 332., Puchta Vorlesungen §. 270., Wolff die mora S. 511., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 93. Anm. 137. [Gegen Mommsen

und dafür, daß durch Eingehung einer bedingten Novation die Mora nicht beseitigt werde, erklären sich neuerdings mit gewichtigen Gründen Kniep Einfluß der bedingten Novation (1860), S. 103 ff. 116 ff. u. Römer a. a. O. S. 214 ff., welcher letztere bemerkt: Durch die Mora nimmt die Obligation eine bestimmte Qualification an, und diese ist eine dauernde, nicht von der Fortdauer der Mora an sich abhängige, und es sind lediglich positiv gesetzlich bestimmte Gründe, durch welche die Wirkungen der Mora beseitigt werden; solcher Gründe kennt aber das Röm. R. blos Einen, nämlich die Oblation der geschuldeten Leistung, und die bedingte Novation ist nach der richtigen Ansicht (S. 213.) keine Oblation. v. Keller Pand. §. 254. scheint diese Ansicht zu theilen. Römer a. a. O. S. 345. fügt hinzu, daß für die bedingte Novation durch formlosen Vertrag heutzutage das Röm. R. Geltung habe, mit Modificationen nur in untergeordneten Punkten.]

Zu 13) Daß der Bürge, wenn auch nicht schlechthin, s. v. Madai a. a. O. §. 57., doch wenn er in omnem causam intercedirt hat, auch für die vom Hauptschuldner verwirkten Verzugszinsen, sowie für die vertragsmäßigen Zinsen haften müsse, ist nach der gemeinen Meinung außer Zweifel; l. 24. §. 1. D. 22. 1. — l. 58. §. 1. 46. 1. — l. 2. §. 12. D. 50. 8. — l. 1. §. 13. D. 36. 3., s. die Lehrbücher von Thibaut §. 611. (Ed. 8.), Mühlenbruch §. 486., v. Wening-Ingenheim §. 353. In Ansehung der gesetzlichen Zinsen ist auch Sintenis a. a. O. Anm. 84. einverstanden, ob aber der Bürge auch für vertragsmäßige Folgen der mora hafte, hält er für Sache der Interpretation, und entscheidet im Zweifel verneinend. Außer Zweifel ist es, daß der Pupill, wenn auch nur der Vormund interpellirt worden ist, durch dessen Verzug verpflichtet werde; l. 24. D. 45. 1.

Im Correalverhältniß kann man aber nicht annehmen, daß die mora des einen correi dem Andern schade, denn der Verzug ist etwas ganz Subjectives, die Natur des Correalverhältnisses fordert aber nur völlige Einheit des objectiven Bestandes der obligatio für sämmtliche correi; l. 32. §. 4. D. 22. 1. — l. 173. §. 2. D. 50. 17. [Vergl. Kuntze d. Obl. u. Singularsucc. S. 149., Wirth i. Arch. f. civ. Prax. Bd. 39. S. 123 ff.]

Vom Einfluß der väterlichen Gewalt auf die Verbindlichkeiten ex mora s. v. Madai a. a. O. §. 58. Bei der solidarischen Verbindlichkeit kann, wenn auch der Verbindlichkeit eine Zeitbestimmung in der Art beigefügt ist, daß die Regel: dies interpellat pro homine anwendbar wird, die Wirksamkeit derselben sich doch zunächst nicht

weiter erstrecken, als auf den Antheil eines Jeden der mehreren Mitschuldner, in Ansehung des Uebrigen aber, was der Einzelne nur in Folge der solidarischen Haftung zu zahlen hat, kann er nur von der Zeit an, da der Gläubiger ihn zur Zahlung aufgefordert und ihn auf diese Weise in Kenntniß gesetzt hat, daß er sich lediglich an ihn halten wolle, in mora fallen; Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. I. S. 166.

---

§. 234.

5. Periculum und commodum.*)

1) Wer hat in Obligationsverhältnissen die Gefahr zu tragen?
2) Ist auch erlittener Diebstahl zum casus zu rechnen?
3) Wie und von wem muß der Zufall bewiesen werden?

Zu 1) Commodum und periculum stehen unter einerlei Regel: commodum ejus esse debet, cujus periculum est. §. 3. J. 3. 23. [Gegen Jhering Abhandl. aus dem Röm. R. S. 1 ff., welcher jene Regel als eine allgemein giltige ansieht, und die Neueren, welche (wie Puchta und Arndts) sich an jenen anschließen, erklärt sich neuerdings Fr. Mommsen Erörter. a. d. Oblig.-R. S. 2 ff. Derselbe stellt folgende Unterscheidung auf: 1) accessorisches commodum, welches zu dem geschuldeten Gegenstande hinzutritt, 2) stellvertretendes commodum, welches gewissermaßen an die Stelle des eigentlich geschuldeten Gegenstandes tritt; letzteres setzt eine Thatsache voraus, welche die Leistung unmöglich gemacht, zugleich aber ein commodum zur Folge gehabt hat. Ersternfalls fragt es sich,

---

*) Wir müssen uns hier auf einen leichten Umriß beschränken, da wir blos für den Geschäftsmann schreiben, und es zu weit führen würde, in die Einzelnheiten der verschiedenen theoretischen Behandlungen der vorliegenden Frage einzugehen. Das Wichtigste hierüber ist wohl Wächter's Abhandl. im civilist. Archiv Bd. XV. no. 6 u. 9., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 591. vergl. v. Madai Lehre v. d. mora S. 277., Wolff zur Lehre v. d. mora S. 126., Hepp die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilr. insbes. die Lehre v. d. Unglücksfällen S. 31., Roßhirt Zeitschr. Bd. II. S. 374., Brandenburg principia quaedam generalia de damno casuali ejusque praestatione Gött. 1793., Fr. Mommsen Erörter. a. d. Obligationenrecht; 1. Heft: Ueb. d. Regel commodum ejus esse debet, cujus periculum est (1859.). Vom Einfluß der culpa, von diligentia u. custodia wird zweckmäßiger bei den einzelnen Verträgen zu handeln seyn.

ob der Gläubiger neben dem geschuldeten Gegenstande, letzternfalls, ob und in welchen Fällen der Gläubiger statt des geschuldeten Gegenstandes das commodum verlangen, und ob und in welchen Fällen der Schuldner, daß der Gläubiger sich damit begnüge, fordern könne. — Als selbstverständlich sieht es Mommsen an, daß obige Regel jedenfalls auf das Obligationengebiet zu beschränken sey (S. 3.); er geht aber noch weiter, indem er 1) für den Fall eines accessorischen commodum, welches in dem geschuldeten Gegenstand ganz aufgeht, jene Regel als ganz unanwendbar bezeichnet, denn es habe der Gläubiger immer und ohne alle Rücksicht darauf, ob er die Gefahr trägt oder nicht, einen Anspruch auf dieses commodum; selbst bei der Miethe erstrecke sich das Benutzungsrecht des Miethers auch auf dieses commodum (a. a. O. §. 3.); 2) auf das accessorische commodum, welches neben dem geschuldeten Gegenstand ein selbständiges Bestehen hat, stehe dem Gläubiger ein Anspruch zu nur a) bei Obligationen, welche auf Restitution einer Sache gerichtet sind, die der Schuldner von dem Gläubiger oder für denselben empfangen hat; b) bei den auf Leistung eines dem Gläubiger bisher fremden Gegenstandes gerichteten onerosen Obligationen; demgemäß sey ein solcher Anspruch ausgeschlossen z. B. bei dem bedingten Kaufcontract vor Erfüllung der Bedingung und ebenso in den Fällen, wo das Recht des Gläubigers nur darauf geht, daß ihm eine Sache zur bloßen Benutzung geleistet werde, und daher könne obige Regel hier nur vorsichtig als ein allgemeiner Anhaltspunkt benutzt werden (§. 4.); 3) nur beim stellvertretenden commodum gilt obige Regel schlechthin, sie hat aber hier folgende Bedeutung: wenn durch ein und dasselbe Ereigniß auf der einen Seite eine Unmöglichkeit der Leistung entsteht, auf der andern Seite ein commodum gewonnen ist, so steht der Anspruch auf dasselbe dem zu, der in Ansehung dieses bestimmten Ereignisses die Gefahr trägt; derjenige, welcher den Nachtheil des Ereignisses zu tragen hat, soll ebendeshalb auch den Vortheil desselben haben (§. 6.).]

Das Princip: casus*) a nullo praestantur l 23. D. 50. 17. — l. 18. pr. D. 13. 6., welches, einzelne Ausnahmen, besonders die Wirkungen der mora abgerechnet, als gemeingiltig anerkannt ist, gestaltet sich in seiner Anwendung auf die verschiedenen Obligationsverhältnisse folgendermaßen:

---

*) D. i. ein Ereigniß, welches im concreten einzelnen Fall dem Schuldner nicht zugerechnet werden kann.

a) bei einseitigen Schuldverhältnissen muß der Unfall, durch welchen die schuldige Sache zu Grunde ging oder deteriorirt wurde, demjenigen zum Schaden gereichen, welcher ein Recht an der Sache hatte, dessen Ausübung ihm dadurch unmöglich oder fruchtlos gemacht wird, Brandenburg l. c. Cap. I. Sect. I. §. 5., denn Niemand ist ihm denselben abzunehmen schuldig. Durch unverschuldete Unmöglichkeit, durch den casuellen Untergang des schuldigen Objects löst sich von selbst die Bindung desselben l. 107. D. 46. 3. — l. 6. C. 4. 24. — l. 23. l. 33. l. 37. l. 83. §. 5. D. 45. 1. — l. 98. §. 8. D. 46. 3. Z. B. geht das Unterpfand zu Grunde, so hat der Pfandgläubiger kein Pfand mehr, während er übrigens Gläubiger bleibt, der Schuldner bleibt Schuldner, ungeachtet er vielleicht den bedeutendsten Gegenstand seines Vermögens verliert. So beim Commodat; der commodans verliert sein Eigenthum, der Commodatar den ihm geliehenen Gebrauch, l. 5. §. 4. l. 18. pr. D. 13. 6. — l. 1. §. 4. D. 44. 7. Beim depositum trifft der Verlust den Deponenten, l. 14. §. 1. D. 16. 3. Der Empfänger eines Darlehns bleibt demungeachtet verpflichtet, wenn er auch das Empfangene durch einen Zufall verloren hat; l. 1. §. 4. D. 44. 7.

b) Bei zweiseitigen onerosen auf ein Geben gerichteten Verträgen haben unsere Rechtsgelehrten besonders Anstoß an dem Satz: res*) perit ei, cui debetur**) gefunden, insofern nun der Eine nicht nur nichts bekommen, sondern obendrein für ein Nichts die Gegenleistung gleichwohl prästiren soll. Dies will Glück Thl. IV. S. 379. gar nicht mit dem Vernunftrecht vereinbar finden. Allein die Consequenz bringt es nothwendig mit sich. Denkt man sich nämlich den Fall, daß ein Zufall***) die Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit unmöglich gemacht habe, so kann man dies von rechtlicher Seite auf zweierlei Art ansehen; entweder müßte man exorbitanter Weise annehmen, es habe die Verbindlichkeit gar nicht existirt, dann wäre freilich der Andere auch zu nichts verbunden; oder: die Ver-

*) Dabei muß man sich nämlich immer eine species denken, nam genus interire non censetur.

**) l. 7. pr. l. 8. pr. l. 10. §. 1. l. 11. D. 18. 6. — l. ult. C. 4. 48. — l. 4. §. 4. D. 18. 2. — l. 15. D. 23. 3., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 284.

***) Versteht sich immer ein solcher, welcher nicht blos subjectiver Beziehung ist, sondern den Gegenstand der Verbindlichkeit (Sache oder Handlung) trifft.

bindlichkeit sey für erfüllt anzunehmen, cum per eum non steterit, quominus impleatur, dann wird der Andere von der ihm obliegenden Leistung nicht frei. Aus der Verbindung der beiden Sätze impossibilium nulla obligatio est, und casus a nemine praestantur geht daher nothwendig der obige hervor: species debita casu perit ei, cui debetur,*) wenn nämlich der Debent durch den Zufall in die Lage gebracht wurde, ein impossibile leisten zu sollen; Wächter im civilist. Archiv Bd. XV. S. 115. Der bemerkte Grundsatz verliert auch bei genauer Betrachtung, wie Puchta Pand. §. 302. u. Koch R. d. Ford. Bd. I. §. 20. S. 203 ff. der 2. Aufl. übereinstimmend zeigen, alles Anstößige. Man denke sich, zwei Personen haben sich gegenseitig zu einem Geben verpflichtet, und sogleich auch diese Verpflichtung gegenseitig vollzogen; geht nun das Gegebene in den Händen des Empfängers zu Grunde, so wird Niemand behaupten wollen, daß nun auch der Andere das Empfangene einbüßen müsse. Daran kann aber auch der rechtmäßige Aufschub des Vollzugs, als etwas rein Zufälliges, nichts ändern. Es kommt also nur darauf an, ob das Rechtsgeschäft bereits perfect geworden und von der Art ist, daß seiner Natur nach die gegenseitigen Leistungen gleichzeitig gefordert werden können [s. namentlich in Betreff des Kaufs Kuntze Diss. In obligationibus bilateralibus ad utrum contrahentium obligationis periculum pertineat? Lips. 1851. p. 29., Jacobi in v. Gerber's Jahrbb. IV. S. 271. und Windscheid Pand. I. §. 177. Anm. 1.]; denn gegenseitige Leistungen anderer Art, wo nämlich der Natur des Vertrags gemäß die Erfüllung der einen vor der andern gefordert werden kann, tragen die stillschweigende Voraussetzung in sich, daß die Gegenleistung von dem wirklichen Erfolg der Vorleistung abhänge, und vorher nicht geschuldet werde, mithin bei deren

*) Scharfsinnig erklärt diesen Grundsatz v. Madai Lehre von der mora S. 279. auch auf eine andere Weise, nämlich: wer etwas Generisches, z. B. Geld schuldet, bleibt immerfort verbunden, quia genus non interire censetur, wer aber eine species schuldet, kann nicht immerwährend verbunden seyn, weil deren zufälliger Untergang möglich ist, ad impossibilia nemo obligatur. So auch bei versprochenen Diensten; perpetua ist hier nur die obligatio dessen, der durch den Vertrag zur Geldzahlung verpflichtet ist, also des Miethers der Dienste; er trägt mithin das periculum, während die Verbindlichkeit des Vermiethers, wenn deren Erfüllung durch Zufall unmöglich wird, erlischt, l. 19. §. 9. l. 38. D. 19. 2., vergl. Glück Thl. XVII. S. 416.

Nichterfolg selbst das schon Gegebene zurückgefordert werden kann; Sintenis Civilr. Bd. II. §. 106. E. Ist der Vertrag

α) unbedingt geschlossen, so wird derjenige, welchem die Sache dadurch bereits erworben ist, auch vom Zufall betroffen. Es ist daher nicht, wie Glück Thl. IV. S. 379., Thl. XVII. S. 132. und Thibaut System §. 478. (Ed. 8.) dafür hielten,*) blos singulärer Weise beim Kaufvertrag so in den Gesetzen**) bestimmt, daß der Käufer die Sache bezahlen muß, wenn er sie auch durch einen Unfall gar nicht oder doch nur verschlechtert erhält, gleichwie im umgekehrten Fall ihm auch alle nach richtig gewordenem Handel erwachsenen Accessionen zufallen.***) Nicht anders ist es auch beim Tausch nach l. 5. §. 1. D. 19. 5., wo es Glück Thl. XIII. S. 46., Thl. XVIII. S. 127. hinweg zu interpretiren sehr scheinbaren Grund in der l. 16. D. 12. 4. findet (vergl. unten im besondern Theil Kap. X. vom Tauschvertrag), und auch bei andern Innominatcontracten†) gilt der Grundsatz: daß, wenn nach der Perfection des Vertrags dem einen Contrahenten die Erfüllung seiner Verbindlichkeit durch den zufälligen Untergang††) der versprochenen Sache unmöglich wird, derselbe

*) S. jedoch dagegen v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 591., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 177. (§. 135.), Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 430., Puchta Pand. §. 302., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 285. Anm. e., v. Madai Lehre v. d. mora S. 280., Wächter im civil. Archiv Bd. XV. no. 6. u. 9., Koch R. d. Ford. Bd. I. §. 20., Schilling Lehrb. Bd. III. S. 46. Anm. s.

**) §. 3. J. 3. 23. — l. 34. §. 6. D. 18. 1. — l. 5. §. 2. D. 18. 5. — l. 4—6. C. 4. 48. — l. 7. pr. l. 8. pr. D. 18. 6.

***) Ob auch der vor der Tradition gefundene Schatz? s. im besond. Theil Kap. IX. vom Kaufvertrag und dessen Schließung, zu Fr. 14.

†) Bei ihnen stünde zwar die Eigenthümlichkeit des römischen Rechts entgegen, daß sie erst durch die wirkliche Leistung perfect werden, woraus folgen würde, daß, wenn die Gegenleistung nicht erfolgt, das Geleistete wieder zurückgefordert werden könne; l. 52. D. 12. 6. — l. 16. D. 12. 4. Allein h. z. T. wird nach einem entschiedenen Gerichtsbrauch jeder Schuldvertrag schon durch bloße Einigung perfect und bindend; Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 41., Puchta a. a. O. §. 302. Anm. f., Höpfner Instit. §. 761. Anm. 3, Glück Thl. IV. S. 370. Anm. 27., Boehmer Introd. in jus Dig. Lib. XIX. tit. 4. §. 5., vgl. unten im besond. Theil Kap. III. v. d. cond. causa data.

††) Periculum deteriorationis steht mit dem periculum interitus bekanntlich unter einerlei Regel, jedoch zeigen sich die Folgen hier und da verschieden; s. die folgende lit. β. u. lit. d.

nicht nur von seiner Verbindlichkeit befreit wird, sondern auch seinen Anspruch auf die Gegenleistung behält; vergl. im besondern Theil Kap. III. v. d. condictio causa data.

β) Ist der Vertrag unter einer Bedingung geschlossen, so muß man unterscheiden, ob der Unfall sich nach bereits entschiedener Bedingung oder während noch schwebender Bedingung ereignet hat. Ist im ersten Fall die Bedingung existent geworden, so tritt mit diesem Moment das gleiche Verhältniß wie beim unbedingten Vertrag ein, und deficirt sie, so ist es ebenso anzusehen, als ob gar kein Vertrag geschlossen wäre. Im zweiten Fall löst sich der Vertrag von selbst auf, weil ja dann, wenn er perfect werden sollte, kein Object vorhanden ist; l. 8. l. 10. pr. D. 18. 6. — l. 10. §. 5. D. 23. 3. — l. 5. C. 4. 48. Wird die Sache pendente conditione durch Zufall verschlechtert, so trifft der Schade natürlich den Promissar, indem dessen bedingtes Erwerbungsrecht ihm die Sache nur so, wie sie beim Eintritt der Bedingung seyn würde, verschaffen konnte, l. 8. cit. sane si extet res, licet deterior effecta, potest dici, esse damnum emtoris.

c) Für den Gesellschaftsvertrag ist es unzweifelhaft, daß vor der wirklichen Ablieferung der versprochenen Gelder oder Sachen die Gefahr den Promittenten, nach der Ablieferung aber die ganze Gesellschaft trifft; l. 52. §. 3. 4. l. 58. §. 1. D. 17. 2. Das Letztere gilt auch, wenn die Societät die Ursache war, daß der Zufall den Eigenthümer treffen konnte; z. B. der Socius reiste, um Waaren für die Societät einzukaufen, fiel aber unterwegs unter Räuber, und verlor sein Geld und anderes Eigenthum, auch wurden seine Sclaven verwundet; l. 52. §. 4. cit. Der Schade ist hier ein gemeinschaftlicher.

d) Bei Verträgen, durch welche der Gebrauch einer Sache dem Andern überlassen wird, ergibt sich die Anwendung des Grundsatzes: casus non praestatur dergestalt, daß z. B. der Commodant die Sache, der Commodatar den Gebrauch, der Miether die Benutzung, der Vermiether das Entgeld für dieselbe durch den Untergang der Sache zugleich mit derselben verliert; l. 19. §. 6. D. 19. 2. cf. l. 15. §. 6. l. 30. §. 1. D. 19. 2. Er braucht aber auch nicht dem Miether den Schaden zu ersetzen, welchen dieser etwa wegen vergeblichen Aufwands auf die

Sache, z. B. zur Erzeugung der nun verlorenen Früchte machte, oder den er an seinen eigenen in das Miethobject inferirten Sachen litt; s. Wächter im civil. Archiv Bd. XV. S. 204. Ein periculum deteriorationis kann hier nicht in Frage kommen, weil der Vermiether contractmäßig verbunden wird, die Sache in benutzungsfähigem Stand zu erhalten, oder die Gebrauchsfähigkeit für die Dauer der Miethe zu gewähren,*) gleichwie umgekehrt bei der Emphyteuse durch den Contract schon das Verhältniß dahin festgestellt ist, daß auf den emphyteuta die Verbindlichkeit übertragen wird, die Sache, wenn er sie nicht dem dominus directus heimgehen lassen will, in vollkommenem Stand zu erhalten, daher ihn das periculum deteriorationis trifft, während das periculum interitus bei dem dominus directus verbleibt.

e) Ganz ähnlich muß es sich wohl auch bei der locatio conductio operarum verhalten; bei ihr und auch bei sonstigen auf Leistungen eines facti gerichteten Verträgen**) wird sich der Satz bewähren: casum sentire debet is, in cujus persona ille contingit; Glück Thl. IV. S. 371. Jeder verliert durch den hindernden Zufall denjenigen Vortheil, welchen er vermöge des geschlossenen Contracts zu erwarten hatte. Hindert z. B. ein Zufall den Miether der Dienste, davon Gebrauch zu machen, so muß er nichtsdestoweniger dem Andern das Interesse, welches dieser an der Verwerthung seiner Dienste hatte, vergüten, wenn dieser sie nicht sofort anderweit verwerthen konnte; l. 19. §. 9. D. 19. 2. Wird derjenige, dessen Dienste ich gedungen habe, durch einen Unfall entweder ganz oder temporär***) außer

*) Daher muß sich der Vermiether, wenn durch Zufall der Gebrauch der Sache in nicht ganz unbedeutender Maße gemindert wird, eine verhältnißmäßige Kürzung des Miethgelds gefallen lassen; l. 15. §. 1. rc. l. 25. §. 2. l. 27. pr. D. 19. 2.

**) Vom Einfluß des casus in Mandatsverhältnissen s. Kap. VIII. Vom Mandatum im Allgem.

***) Ein Zufall nämlich, welcher die Leistung der Dienste anhaltend unmöglich macht; denn z. B. wegen einer kurz dauernden Krankheit sogleich den Lohn zu kürzen, schiene zu hart; Weber von der natürl. Verbindl. §. 102. S. 484., Glück Thl. IV. S. 371. Anm. 28., Thibaut System §. 478., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 346. Indessen wird man, wenn auch etwa analog l. 27. pr. D. 19. 2. in Betracht kommen könnte, diese Indulgenz vielmehr nur auf Billigkeit als auf strenges Recht gründen können, wie Struben Rechtl. Bedenken Bd. III. no. 69. gegen Leyser Sp. 212. med. 5. wohl mit Grund behauptet.

Stand gesetzt, die Dienste zu verrichten, so muß ich zwar die Dienste missen, ohne deshalb Entschädigung fordern zu können, der Promittent der Dienste aber kann auch auf einen Lohn nur insoweit Anspruch machen, als er wirklich die Dienste geleistet hat, und muß vielmehr den Lohn, wenn er ihn voraus erhalten hat, zurückzahlen; Glück Thl. IV. S. 372., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 177. (§. 135.), Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VI. S. 209., Thibaut System §. 478., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 591. no. 7., Erk. d. A.-G. zu Dresden in Seuffert's Archiv Bd. V. S. 45. u. 77. Letzteres unterliegt jedoch einer Modification insofern, als derjenige, welcher sich zu den Dienstleistungen verpflichtet hatte, bereits Vorbereitungen mit dem dazu nöthigen Aufwand gemacht und in dieser Hinsicht zum Voraus Geld empfangen hat. In diesem Fall kann von ihm die Vorauszahlung nicht weiter zurückgefordert werden, als nach Abzug des von ihm bestrittenen Aufwands, l. 5. pr. D. 12. 4., Glück Thl. IV. S. 375., dagegen umgekehrt der Promittent der Dienste, wenn er nichts voraus bekommen hat, eine Vergütung für den von ihm bereits bestrittenen Aufwand nicht fordern kann, wenn ihm sofort die Leistung unmöglich wird; Glück a. a. O. Die eben entwickelte Ansicht hat zwar nicht unbedeutende Gegner, Leyser Sp. 212. med. 5., Walch Controv. jur. civ. pag. 634. (Ed. 3.), v. Madai Lehre v. d. mora S. 281., Schilling Lehrb. f. Instit. Bd. III. S. 43., welcher manche Gesetzesstelle zur Stütze zu dienen scheint. Am wenigsten Gewicht möchte wohl der für die Behauptung, daß der Promittent der Dienste demungeachtet den Lohn zu fordern berechtigt sey, wenn ihm die Leistung derselben durch Zufall, mithin ohne seine Schuld unmöglich wurde, angeführten l. 4. §. 5. D. 40. 7. beizulegen seyn, wo in Beziehung auf eine festgesetzte Dauer der Sclaverei gesagt ist: servire nobis intelliguntur *etiam hi, quos curamus aegrotos*, denn damit ist wohl kein anderer Sinn zu verbinden, als: sie sind immerhin Sclaven, gleichviel ob in gesunden oder kranken Tagen, diese wie jene müssen also der Zeit ihrer Sclaverei eingerechnet werden. Andere Gesetzstellen, z. B. l. 4. D. 1. 22. — l. 19. §. 10. D. 19. 2. — l. 3. §. 6. l. 5. §. 6. C. 2. 8. haben blos ein jus singulare gewisser Staatsbeamten und der Advocaten zum Gegenstand. Ganz allgemein spricht zwar

l. 38. D. 19. 2. Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet. Vergl. Walch Controv. jur. civ. pag. 634. §. 4. Um aber nicht mit den gesetzlichen Vorschriften über locatio conductio in Widerspruch zu gerathen, muß man wohl die Worte: si per eum non stetit in dem in l. 19. §. 9. D. 19. 2. deutlicher ausgeprägten Sinn, nämlich gleichbedeutend mit si per alterum stetit auffassen. — Im Allgemeinen scheint die von uns ergriffene Meinung die herrschende zu seyn; Glück Thl. IV. S. 375., Thl. XVII. S. 417., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 19. tit. 2. §. 105., Müller ad Struv. Lib. 19. tit. 2. §. 27., Berger resolut. legum obstantium. Lib. 19. tit. 2. Qu. 12., Struben Rechtl. Bedenken Bd. III. no. 69., Höpfner Instit. §. 761., Puchta Pand. §. 302., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 591., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 177. (§. 135.), Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VI. S. 209., Thibaut System §. 478. (Ed. 8.) Hat sich der Zufall nicht gerade in der Person des einen oder andern Contrahenten ereignet, sondern den Gegenstand selbst betroffen, z. B. ich habe das Drescherlohn des in einer bestimmten Scheune aufbewahrten Getreidevorraths veraccordirt, und nun brennt die Scheune sammt ihrem Inhalt ab, so verliert der Eine sein Besitzthum, der Andere seinen Anspruch auf Arbeitslohn; s. Mommsen Beitr. z. Obl.-R. Abth. I. S. 59. u. 363. Oder, wenn ich an einen Schiffer ein Frachtgut verdungen habe, sein Schiff aber untergegangen ist, so kann er mir die Zurückzahlung des ihm vorausbezahlten Frachtlohns nicht verweigern; l. 15. §. 6. D. 19. 2. Ist das gemiethete Schiff durch die Schuld eines andern den Fluß zugleich befahrenden Schiffers so verletzt worden, daß es die Reise nicht fortsetzen kann, so ist der Miether ebensowenig das Miethgeld zu bezahlen schuldig, sondern der Inhaber des beschädigten Schiffs kann nur von dem Beschädiger Vergütung des Miethgelds fordern; s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1852. S. 409.

Noch ist die Frage übrig: wenn Jemand durch Vertrag sich verbindlich gemacht hat, in Bezug auf einen gewissen Gegenstand die Unglücksfälle zu übernehmen, ist er dann auch zu den ganz außerordentlichen verbunden? Die l. 78. §. 3. D. 18. 1. u. l. 9. §. 2. D. 19. 2. erkennt ihn ohne Einschränkung für verbunden, gleichwohl halten mehrere Praktiker, gestützt auf l. 64. D. 50. 17. ea, quae raro

accidunt, non temere in agendis negotiis computantur, nur die ungewöhnlichen, nicht aber die ganz außerordentlichen in der Verbindlichkeit für inbegriffen. Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 8. th. 3., Pufendorf Obs. jur. univ. T. IV. obs. 78., v. Hartitzsch Entscheid. no. 413. Richtiger wohl erklärt das Preußische Landrecht Thl. I. Tit V. §. 261. auch die ungewöhnlichsten Zufälle für inbegriffen, und eine Unterscheidung des Ungewöhnlichen nach Graden für unhaltbar, womit auch de jure communi übereinstimmt Walch Controv. jur. civ. pag. 637. §. 7., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 641. Anm. 1. a. E., v. Berg jurist. Beobacht. u. Rechtsf. Thl. I. S. 116. §. 27., welcher auch feindliche Zerstörung darunter begreift.

Außer vertragsweiser Uebernahme der Gefahr kann ein besonderer Grund der Verpflichtung zum Ersatz des zufälligen Schadens aus einer begangenen Widerrechtlichkeit entspringen, sie bestehe nun in der eigenmächtigen Besitzergreifung einer fremden Sache, l. 7. §. 2. l. 8. pr. §. 1. l. 16. l. 20. D. 13. 1. — l. 2. C. 4. 8. — l. 1. §. 34. l. 19. D. 43. 16. — l. 50. pr. D. 47. 2. — l. 9. C. 6. 2. — l. 1. C. 2. 20. — l. 7. C. 4. 7. — oder in irgend einer Art der mora. Ueber die loc. cond. operis vergl. nächstes Kap. V. §. 238. Fr. 6. u. besond. Theil Kap. XII. Von locatio operarum u. operis.

Zu 2) Man wird zwar zugeben müssen, daß gewöhnlich beim Diebstahl die Vermeidlichkeit desselben durch größere Sorgfalt anzunehmen sey, und dies ist wohl auch der Sinn der l. 52. §. 3. D. 17. 2., wo der Verlust durch Diebstahl jenem durch damnum fatale in Gegensatz gestellt ist, sowie jener Gesetzstellen, welche denjenigen, der zur custodia verpflichtet ist, zur Diebstahlsklage zulassen, welche er ja außerdem nicht nöthig hätte; l. 12. pr. l. 14. §. 10. D. 47. 2. — l. 4. pr. D. 4. 9. Allein, wenn Mehrere daraus folgern, daß erlittener Diebstahl absolut der culpa zuzurechnen sey, s. v. Löhr Theorie der culpa S. 71 rc., so möchte dies zu weit gegangen seyn, denn kein Gesetz kann vernünftiger Weise vorschreiben, daß kein Diebstahl ohne Schuld des Inhabers der Sache möglich seyn soll; daher findet sich auch keine gesetzliche Bestimmung, daß beim Diebstahl immer culpa des Inhabers angenommen werden solle, vielmehr wird mehrmals zwischen Diebstahl mit und ohne culpa unterschieden; l. 14. §. 12. D. 47. 2. cf. l. 5. l. 8. C. 4. 24. Man wird daher nur so viel zugeben können, daß der Beklagte beweisen müsse, allen Fleiß eines diligens paterfamilias zur Vermeidung des erlittenen Diebstahls angewendet zu haben; Hasse Lehre von der culpa §. 84., Heim=

bach in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 572.*) Nur ausnahmsweise haften für den Diebstahl, wenn er auch ohne alle Schuld von ihrer Seite vorgefallen ist, zufolge besonderer gesetzlicher Vorschriften die exercitores navis, caupones, stabularii; s. die Pandektentitel: nautae caupones stabularii (4. 9.) und furti adversus nautas (47. 5.); Hasse a. a. O. §. 78. u. 83.

Zu 3) Wenn mit Contractsklagen die aus dem Contracte stammenden Verbindlichkeiten geltend gemacht werden, so muß der zur diligentia und custodia Verpflichtete beweisen, daß er allen möglichen Fleiß auf die Sache gewendet habe, und doch den Schaden nicht habe abwenden können, vorbehältlich des vom andern Theil zu führenden Gegenbeweises einer von jenem begangenen culpa; Weber über d. Verbindl. z. Beweisf. im Civilproc. no. 6. S. 251. — Wird die Aquilische oder eine andere Klage gebraucht, so treten die allgemeinen Regeln ein, welche vom Beweise dieser Klagen gelten, und der Beweis der dem Gegner zur Last gelegten culpa in faciendo und des dolus wird als ein Theil des Beweises des Klaggrunds betrachtet werden müssen; Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 585.

*) Die Geschichte dieser Controverse s. Hepp Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts, insbesondere in der Lehre v. d. Unglücksfällen Tübing. 1838., vergl. Roßhirt über das periculum obligationis speciei in seiner Zeitschr. für Civil- u. Criminalr. Bd. II. S. 374. ꝛc.

Kapitel V.

Entstehungsgründe der Obligationen.*)

§. 235.

1. Pollicitation,**) Gelübde, Auslobung.

Dig. L. 12. de pollicitationibus, vergl. l. 19. §. 2. D. de aedil. edicto et redhibitione et quanti minoris (XXI. 1.)

1) Gehört zur Giltigkeit der Pollicitation die persönliche Gegenwart des Pollicitanten, oder kann sie auch brieflich geschehen?
2) Ist ein Gelübde auch für die Erben verbindend?
3) Inwieweit ist die Auslobung oder das Versprechen einer Belohnung für einen von einer noch ungewissen Person erwarteten Dienst widerruflich?
4) [Ist die Ausschreibung von Preisaufgaben ein rechtsverbindlicher Act und erlischt sie durch den Tod eines der Preisrichter?]
5) [Ist auch das Prämienausgebot eines feilhaltenden Verkäufers, welcher dem Publikum gewisse Eigenschaften seiner Waare verheißt, für ihn rechtsverbindlich?]

---

*) Obligationen können entstehen: I. mit Willkür durch eine von bestimmten von einander unabhängigen Personen unter sich gepflogene Handlung (Rechtsgeschäft, Vertrag), welche etwas an sich Mögliches und zugleich einen Vermögenswerth, insbesondere für den Gläubiger, zum Gegenstand hat. Die bloße Absicht, auch wenn sie Andern eröffnet worden, erzeugt noch keine Obligation, Böhmer auserl. Rechtsf. Bd. I. S. 82. — II. unwillkürlich: a) durch verbotene Handlungen (Delicte), b) durch andere Handlungen und Zustände, mit welchen die Gesetze unmittelbar gewisse Verbindlichkeiten für die betreffende Person verknüpft haben, wo die Römer in einigen Fällen ein quasi delictum commisisset, J. 4. 5. u. 3. 27., oder quasi contraxisset angenommen haben, wie bei der Tutel, der Erbschaftsantretung, der Verwaltung einer gemeinschaftlichen Sache oder Erbschaft, der negotiorum gestio.

**) In Ansehung der unstreitigen Erfordernisse und der einzelnen Fälle der pollicitatio ist auf die Lehrbücher zu verweisen. Die von Fritz Samml. v. Rechtsf. Bd. II. S. 142. unternommene Ausführung, daß das Justinianeische Recht den Unterschied zwischen pollicitatio und Schenkung zu einer rechtshistorischen Antiquität gemacht habe, hat die gemeine Meinung gegen sich.

Zu 1) Die herrschende Ansicht, daß die persönliche Gegenwart des Versprechenden in der respublica, welcher das Versprechen ertheilt wird, wesentlich zur Form einer giltigen Pollicitation gehöre,*) ist nach dem Vorgang von Bynkershoek Obs. jur. rom. Lib. IV. c. 13. aus bedeutenden Gründen bestritten; Bucher R. d. Ford. §. 14. Anm. 6., Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 370., Mackeldey Lehrb. §. 354. Anm. c., Roßhirt gem. deutsch. Civilr. Th. II. §. 399., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 496. §. 575., Schilling Lehrb. f. Institt. Bd. III. S. 134. Denn die Analogie der Schenkungen, welche besonders durch l. 19. pr. D. 39. 5. gerechtfertigt wird, ist ganz dagegen, indem solche auch inter absentes per epistolam giltig geschehen können, und es ist in keinem der von den Gegnern dieser Meinung angeführten Gesetze die Gegenwart des Pollicitanten ausdrücklich und bestimmt als nothwendiges Erforderniß ausgesprochen. Wenn nämlich in l. 3. pr. D. 50. 12. die pollicitatio im Gegensatz von pactum, als offerentis solius promissum definirt wird, so kann die persönliche Gegenwart des Offerenten hier ebensowenig hinzuzudenken seyn, als sie in andern Gesetzstellen, welche vom offerre sprechen, s. l. 2. pr. l. 9. l. 20. D. 18. 2. vorausgesetzt wird. Wenn in l. 9. D. 50. 12. von der pollicitatio, quam quis ob honorem apud rem publicam fecit, gesprochen wird, so kann höchstens darunter verstanden werden, daß das Versprechen bei der respublica angebracht worden sey; daraus folgt aber wieder nicht, daß dies gerade in

*) vid. Glossa ad fr. 5. pr. D. 50. 12., Cujacii Obs. Lib. XXIV. c. 19., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 504., Puchta Pand. §. 259., Braun Dict. zu Thibaut §. 981. (In Zweifel stellt es jedoch Thibaut §. 640. der 8. Ausg.) Eichhorn Grunds. d. Kirchenr. Bd. II. S. 521. Anm. 7. — Die Meinung dieser Schriftsteller ist von den oben citirten gewiß hinlänglich widerlegt. Was die Pollicitation oder das Versprechen an den Staat oder an eine Gemeinde oder an ein anderes öffentliches Institut (Schweppe a. a. O.) als eine blos einseitige Handlung gleichwohl gegen Promissare der bemerkten Auszeichnung verbindend macht, beruht nur auf zwei Momenten. Entweder muß ein besonderer Grund, z. B. eine bereits erhaltene oder noch zu erhaltende Ehrenstelle oder ein den Promissar betroffener Unfall zur Veranlassung (causa) gedient haben, oder wenn die Pollicitation ohne einen solchen Grund geschehen war, so muß wenigstens die Ausführung des Versprochenen schon begonnen haben. Zu Zinsen ist der Pollicitant an und für sich nicht verpflichtet, l. 16. pr. D. 22. 1., wohl aber zu Verzugszinsen, l. 1. pr. D. 50. 12. Die Verbindlichkeit einer ohne besonderen Grund geschehenen und daher blos durch die schon begonnene Ausführung verpflichtenden Pollicitation ist übrigens minder stringent, indem da der Pollicitant sich durch Abtretung des 5ten Theils seines Vermögens von weiterer Verbindlichkeit im Fall seiner Verarmung losmachen kann; l. 9. D. 50. 12.

eigener Person vom gegenwärtigen Pollicitanten geschehen seyn mußte. Auch die l. 5. pr. D. 50. 12. kann in den Worten: ex epistola, quam muneris edendi gratia absens quis emisit, compelli eum ad editionem non posse den Schluß auf Ungiltigkeit einer schriftlich ertheilten Pollicitation noch nicht genügend rechtfertigen. Nach Inhalt der ziemlich unmittelbar vorhergehenden l. 1. §. 1—6. u. l. 4. D. 50. 12. ist nämlich eine Pollicitation, wenn nicht eine besondere causa vorliegt, durch welche der Pollicitant zur Angelobung veranlaßt war, nur dann bindend, wenn das versprochene opus entweder vom Pollicitanten, oder, mit Rücksicht auf das geschehene Versprechen, von der respublica selbst schon begonnen war. Nun war die in l. 5. erwähnte epistola nicht operis promittendi causa geschrieben, man kann also nicht daraus ableiten, daß ein schriftliches Versprechen nicht binde, sondern sie war muneris edendi causa geschrieben, was als wirkliches Geben ein schon vorhergegangenes Versprechen voraussetzt. Da war denn, wenn nicht eine besondere causa vorlag, die Frage über dessen bindende Kraft nur davon abhängig, ob schon opus coeptum sey. Da aber ein die Ausführung betreffendes Schreiben nicht schon als ein Anfang der Ausführung angesehen werden konnte, so war durchaus richtig von Ulpian entschieden worden. Derselbe Ulpian sagt aber auch ausdrücklich in l. 19. pr. D. 39. 5., ut in rebus publicis, cum de donatione quaeritur, *illud solum spectetur*, utrum ob causam aliquam justam reipublicae promittat quis vel polliceatur, vel non. Dies hätte er nicht sagen können, wenn er die Giltigkeit auch von der persönlichen Gegenwart des Pollicitanten für abhängig erachtet hätte.

Zu 2) Daß das Gelübde oder das Versprechen einer Sache zu religiösen Zwecken auch die Erben des Gelobenden verbinde, ist bestimmt ausgesprochen in l. 2. §. 2. D. 50. 12. — c. 6. X. de his, quae vis metusve causa (1. 40.) — c. 6. X. de testamentis (3. 26.) Es ist aber insgemein angenommen, daß auch hier die von der pollicitatio geltenden Grundsätze Anwendung finden, von welcher sich ebenso, wie der Pollicitant selbst, wenn sie schenkungsweise geschah, die Erben mit dem 5ten und, wenn es Kinder sind, mit dem 10ten Theil des Vermögens loskaufen können; l. 6. pr. l. 9. l. 11. l. 14. D. 50. 12., Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 496., Puchta Pand. §. 259., Schweppe a. a. O. Bd. III. §. 504., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 127. (§. 92.),*) Bucher R. d. Ford. §. 12. Anm. i.

*) Irrig ist es, wenn Thibaut System §. 640. (Ed. 8.) sagt, daß der Pollicitant selbst sich mit $1/_{10}$ seines Vermögens loskaufen könne. Richtig hatte

Zu 3) Der Promittent verpflichtet sich hier zum Geben, unter der Suspensivbedingung, daß sich Jemand zur Vornahme der bezweckten Handlung finden werde. Der Consens des Andern kommt dann erst durch die wirkliche Leistung oder Handlung zu Tage. Erst durch diese thätliche Einwilligung wird der Promittent gebunden und kann also, so lange diese noch nicht erfolgt ist, sein Versprechen nach der Meinung Mehrerer uneingeschränkt widerrufen, nur muß er die Zurücknahme ebenso wie das Versprechen gehörig bekannt machen, wenn die später erfolgende Leistung ihn nicht verpflichten soll; Roßhirt gem. deutsch. Civilr. Bd. II. §. 399., v. Bülow Abhandl. Bd. I. no. 11., Schweppe a. a. O. Bd. III. §. 504., v. Wening-Ingenheim a. a. O. Bd. II. S. 128. (§. 93.) Abweichend ist Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 53. und Puchta a. a. O. §. 259.: „die obligatio entsteht natürlich erst, wenn auch ein Gläubiger existirt; dies geschieht durch die Leistung, aber auch — ihre nachherige Vollendung vorausgesetzt — schon durch die Vorbereitung derselben mit Rücksicht auf die erfolgte Auslobung."*)

Die Auslobung einer Prämie als Zusage einer Belohnung ohne nähere Beziehung auf eine bestimmte Person hat das Eigene, daß anfänglich nur ein Promittent, aber kein Promissar und Acceptant vorhanden ist, Letzterer vielmehr nur nach Verlauf einiger Zeit erwartet werden kann, und zwar dann gewöhnlich nicht blos durch eine wörtliche Acceptation, sondern durch die That selbst seine Einwilligung äußert. Es ist also anfänglich durchaus kein Vertrag vorhanden, sondern nur die einseitige Willenserklärung, einen solchen mit Demjenigen eingehen zu wollen, welcher künftig seine Einwilligung durch die That äußern würde, ein zum Voraus von der einen Seite gegebener Consens unter der Suspensivbedingung nämlich, daß sich Jemand finden und die bezweckte Handlung vornehmen werde. Indem solchergestalt ein Vertrag erst durch die in letzterem Moment zusammentreffende Einwilligung zu Stande kommt, sind die rechtlichen Folgen diese: a) daß durch die bloße Erfüllung dessen, wofür die Belohnung ausgeboten ist, eine vertragsmäßige Verbindlichkeit begründet wird; b) daß bis dahin zwar der Promittent oder Offerent

er selbst in den früheren Ausgaben §. 981. $^1/_5$ erfordert; neuerlich ist es auch wieder berichtigt in der 9. Ausg. (ed. v. Buchholtz) §. 570.

*) Damit stimmt überein Sintenis pr. Civilr. Bd. II. S. 273.: „hat Jemand darauf hin Vorbereitungen zu der Leistung getroffen, so bleibt der Auslober unter der Voraussetzung, daß die Leistung wirklich erfolge, daran gebunden."

sein Anerbieten willkürlich zurücknehmen kann, die Zurücknahme aber ebenso öffentlich bekannt machen muß, wie die Offerte, und die bis dahin verwendeten Auslagen und Bemühungen dem Bewerber zu vergüten verbunden ist; c) daß der Auslobende, wenn er bereits erlangt hat, was er suchte, weiter angebotene Dienste nicht mehr anzunehmen braucht; Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 362., vgl. v. Bülow Abhandl. Th. I. S. 270., Archiv f. merkw. Rechtsfälle und Entscheid. der Rheinhess. Gerichte Bd. II. S. 281.*)

[Die Frage nach der Wirksamkeit einer Auslobung hat in neuerer Zeit sehr an Wichtigkeit zugenommen. Es handelt sich zunächst darum, den Begriff festzustellen und ihn von verwandten Erscheinungen abzugrenzen. Drei Arten öffentlicher Zusagen kommen vor: 1) Auslobungen im engern und eigentlichen Sinne,**) 2) Preisausschreibungen und 3) Angelöbnisse eines Werthes für den Fall erwiesener Unwahrheit eines öffentlichen dictum et promissum. Allen ist dies gemeinsam, daß die Zusage nicht an eine bestimmte oder mehrere bestimmte einzelne Personen, sondern an einen Kreis, eine Klasse, eine unbestimmte Anzahl von (möglicherweise in Betracht kommenden) Personen (an das Publikum) gerichtet, und daher auch in einer für die Oeffentlichkeit dienenden Form erklärt wird. Nur im erstern Fall (Auslobung) hat der Zusagende ein specielles Interesse an der Erfüllung der bezeichneten Leistung, und demgemäß läßt sich die Auslobung definiren als die Zusage einer Belohnung für die Leistung eines Dienstes im eigenen (unmittelbaren oder mittelbaren) Interesse des Zusagenden. In den andern Fällen fehlt dieses Interesse (von ihnen s. zu Fr. 4. u. 5.). Ueber einen vierten an sich denkbaren Fall s. Jhering in s. Jahrbb. IV. S. 98.

Darin, daß diese Fälle zunächst nur eine einseitige Erklärung des Zusagenden enthalten, haben sie einige Aehnlichkeit mit den Anträgen oder Offerten, d. h. den einseitigen Anerbietungen zu Vertragsabschlüssen. Offerten sind an sich unverbindliche, weil nicht in der Absicht des Obligirens gegebene Erklärungen, und kann da=

---

*) [Dieser Absatz befand sich in der 2. Auflage im besondern Theil am Schlusse des XII. Kapitels. Mir schien eine solche Auseinanderreißung des Stoffes unabsichtlich und unzweckmäßig.]

**) [Unter Auslobung wird wohl auch der zweite Fall mit inbegriffen. Außerdem begegnet uns dieses Wort noch im Erbrecht, wo man darunter die Abfindung versteht, welche der das bäuerliche Erbgut antretende Anerbe seinen Miterben, welche durch das Vorzugsrecht zurückgedrängt werden, leistet; v. Gerber System §. 253., Bluntschli Deut. Privatr. § 206.]

her, auch wenn sie nicht widerrufen werden, Niemand daraus ein Recht für sich herleiten; verbindlich werden solche Erklärungen nur, wenn sie durch Acceptationserklärung von der andern Seite in einen Vertrag übergehen. — Es gibt zwei ausgezeichnete Arten der Offerten: 1) Versteigerungen d. h. Ausgebote von Käufen oder Mieth- oder Pachtverträgen (Auction, Subhastation, Licitation, Submission, Ausdingung); sie sind Offerten zu Verträgen mit Resolutivbedingung (Zuschlag), s. Puchta Pand. §. 252., Arndts Pand. §. 231. Anm. 4., Schütz in Bekker's Jahrb. V. S. 41.; übrigens sind sie an unbestimmte Personen gerichtet, und darin ähneln sie der Auslobung; 2) kaufmännische Offerten, welche, wenn sie unter Abwesenden erfolgen, den Offerenten für eine verhältnißmäßige kurze Zeit dem Propositar gegenüber binden: s. A. D. Handelsgesetzb. Art. 319. 320.

Noch weiter entfernen sich von obigen Fällen die bloßen Einladungen oder Aufforderungen zu Offerten, wie sie im allgemeinen Feilbieten, Ankündigen, Ausrufen, Zustellen von Preiscouranten liegen, s. Schütz a. a. O. S. 43., Bekker ebendas. II. S. 356., Jhering i. s. Jahrbb. IV. S. 95.

Die Auslobung anlangend, so wird von v. Savigny Obl.-R. II. S. 90. verneint, daß sie gemeinrechtlich eine Klage erzeuge; mit Recht bemerkt derselbe, daß eine solche nicht auf das Röm. R., insbesondere auch nicht auf l. 15. D. 19. 5., welche nur von bestimmten Personen handelt, gegründet werden könne, allein unzweifelhaft besteht ein im Rechtsbewußtseyn aller modernen Culturvölker wurzelndes allgemeines Gewohnheitsrecht für die Klagbarkeit; s. (außer den oben vom Verfasser Angeführten) Einert Wechselrecht S. 91., Mühlenbruch Pand. II. §. 347. a. E., Thibaut System (8. Aufl.) §. 640., Arndts Pand. §. 241., Schütz a. a. O. S. 58. 62., Seuffert's Archiv XI. No. 217. 218., Jhering in s. Jahrbb. IV. S. 94 ff.

Man streitet darüber, ob die Auslobung ein einseitiges Rechtsgeschäft, nach Art der Pollicitation, oder aber ein Vertrag sey; die letztere Ansicht hat die meisten Vertheidiger, und für sie haben sich auch Schütz a. a. O. S. 63 ff. und Jhering in s. Jahrbb. IV. S. 97. ausgesprochen. Gegen die Vertragstheorie ist zunächst einzuwenden, daß „Vertrag cum incerta persona" eine contradictio in adjecto ist, und daß, wenn man in der thatsächlichen Erfüllung die Accepterklärung finden wollte, das sonderbare Resultat gewonnen würde, daß der Vertrag nicht eher zum Abschluß gelange, als bis er von der einen

Seite erfüllt würde. Außerdem aber ist Unwiderruflichkeit ein praktisches Postulat und doch, wie Ihering a. a. O. S. 102. bemerkt, vom Vertragsstandpunkt aus nicht zu deduciren. Sonach bleibt die Vertragstheorie mit ihren Consequenzen hinter der Forderung des öffentlichen Glaubens und Vertrauens zurück; dieses verlangt, a) daß der andere Theil in seiner Erwartung des Lohns keinenfalls getäuscht werden darf; das würde aber nach der Vertragstheorie geschehen, falls der Auslobende vor der Realisirung (Accepterklärung) sterben oder dispositionsunfähig werden sollte; b) daß dem Leistenden die Geltendmachung seiner Lohnforderung nicht erschwert werden darf; dies würde aber nach der Vertragstheorie geschehen, wenn der Auslobende widerrufen hat, und nun dem Bewerber der Beweis angesonnen würde, daß er die Leistung schon vorher realisirt oder vorbereitet habe, und bez. wenn der Bewerber nur eine Schädenklage haben und das schlimme onus probandi mit derselben auf sich nehmen sollte, wie Ihering a. a. O. meint. Es ist wichtig, diese praktischen Consequenzen ins Auge zu fassen, da die Auslobung so tief in das tägliche Leben eingedrungen ist, und es sich nicht selten dabei um gar nicht unbeträchtliche Summen handelt. Dem Verkehrsbedürfniß entspricht durchaus nur die Auffassung der Auslobung als einer einseitigen dictio oder pollicitatio, worauf uns schon ihre Form hinführt; wir gewinnen damit ihre Unwiderruflichkeit als Regel und eine einfache processualische Durchführung. Weiterer Erwägung kann überlassen bleiben, ob einzelne Ausnahmen zu statuiren seyen; so scheint mir z. B. der Billigkeit dies entsprechend, daß, wenn der Auslobende widerruft und er nachweist, daß dies dem andern Theil tempestiv zur Kenntniß gelangt ist, er von seiner Verbindlichkeit gegen diesen frei seyn soll, weil derselbe solchenfalls als Bewerber dolos handeln würde.

Die Frage, ob schon Vorbereitung, oder erst wirkliche und volle Erfüllung genügend sey, hat übrigens nur Bezug auf den Zeitpunkt der Widerruflichkeit, nicht, wie Schütz a. a. O. S. 67. annimmt, auf die Begründung der Klage, denn daß der Lohn erst bei der Erfüllung selbst gefordert werden könne, versteht sich von selbst. Schütz a. a. O. S. 69. und Ihering a. a. O. S. 104 ff. wollen dem, der die Leistung schon vorbereitet hat, als er den Widerruf erfährt, nur eine Schadensersatzklage gewähren; mir scheint, wie schon gesagt, diese hier nicht mehr ausreichend; der re jam non integra erfolgende Widerruf muß vielmehr als ungiltig angesehen werden.

Die Aengstlichkeit der Doctrin gegenüber dem Auslobenden muß überwunden werden. Man erwäge, daß der Auslobende die Initia=

tive ergreift, daß er lediglich in seinem Interesse seinen Ruf an das Publikum ergehen läßt, daß ein solcher für die Oeffentlichkeit bestimmter und daher schon in seiner Form anspruchsvoller Aufruf nicht auf Kosten des Publikums, das dadurch in Bewegung gesetzt wird, behandelt werden darf, und daß, wenn den Bewerbern ungehörige Schwierigkeiten bereitet werden, ein odium über das Institut der Auslobung verhängt werden würde, welches schließlich den Auslobenden selbst zum Nachtheil gereichen und die Bereitwilligkeit und Ehrlichkeit des Publikums erheblich schmälern würde. Die rechtliche Begünstigung der Auslobenden würde so in eine factische Ungunst umschlagen.

Mit Recht betont übrigens, nach dem Vorgange von Arndts Pand. §. 241., Schütz a. a. O. S. 55., daß die Leistung in der Absicht geschehen seyn müsse, der Auslobung nachzukommen; so gut wie der Erbe, dem eine Erbschaft durch letztwillige Disposition deferirt ist, sich erklären muß, ob er sich darauf einlassen wolle, ebenso bedarf es einer Willenserklärung des Leistenden, daß er die Auslobung für sich geltend mache; leistet er, ohne etwas von der Auslobung zu wissen, so liegt eine Gefälligkeit, aber keine rechtliche Willenserklärung vor. Vergl. Girtanner Rechtsfälle zu Puchta's Pand. §. 259. (No. 186.)]

Zu 4) [Die Preisausschreibung ist der Auslobung sehr ähnlich und gleich dieser ein rechtsverbindlicher Act; die Verbindlichkeit des Zusagenden ist abhängig von einer gegentheiligen Leistung, allein der zugesagte Werth hat hier nicht den Charakter eines Entgelts oder Aequivalents für die Leistung, wie bei der Auslobung, und die erwartete Leistung hat kein specielles Interesse für den Zusagenden, sondern dient nur allgemeinen Interessen der menschlichen Gesellschaft*). Durch die Preisausschreibung soll der Wetteifer herausgefordert, die schöpferische Kraft des Genius angeregt, irgend ein Gebiet des Geistes bereichert werden, und der zugesagte Werth soll nicht ein Lohn im gewöhnlichen Sinne (eine merces), sondern ein Siegeszeichen, ein Ehrenstempel (ein honorarium im höheren Sinne, ein praemium honoris) seyn. Weiter hängt mit dieser Eigenart zusammen, daß meistens ein besonderes Verfahren zur Beurtheilung der präsentirten Leistung erforderlich ist, und durch diese Veranlassung der Thätigkeit von Preisrichtern das Verhältniß sich in specifischer Weise complicirt. Preisausschreibung ist also die öffentliche und an einen Kreis von Personen

*) [Es gibt freilich Auslobungen, welche die Form der Preisausschreibung annehmen, z. B. die von einer Gemeindebehörde ausgehende Aufforderung, Pläne zu einem öffentlichen Gebäude einzureichen.]

gerichtete Zusage eines Ehrenpreises für die Leistung eines preiswürdig befundenen (technischen, artistischen, literarischen) Werkes. Vergl. Jhering in s. Jahrbb. IV. S. 99.]

Zweckmäßig bestimmt in dieser Beziehung das Preuß. Landr Th. I. Tit. 11. §. 989.: „Bei Prämien für Geistesarbeiten oder gemeinnützige körperliche Fertigkeiten oder Unternehmungen soll die Zurücknahme vor Ablauf der bestimmten Zeit nicht stattfinden.“*) Vergl. Koch R. d. Forder. Bd. III. §. 362. und Jhering in s. Jahrbb. IV. S. 50.

[Eine solche Preisausschreibung ist augenscheinlich ein ganz anderes Verhältniß, als das compromissum; Preisrichter sind nicht Schiedsrichter. Demgemäß hat mit Recht das O.-A.-G. zu Lübeck die Analogie des Grundsatzes, daß der Tod eines der ernannten Schiedsrichter die Erlöschung des Compromisses zur Folge habe, für die Preisausschreibung verworfen; s. Seuffert's Archiv IX. No. 276.]

Zu 5) [Nicht eine Auslobung im gewöhnlichen Sinne ist es, wenn z. B. ein Fabrikant oder Kaufmann, um das Publikum auf seine Waare aufmerksam und kauflustig zu machen, eine Prämie demjenigen verheißt, welcher nachzuweisen vermöge, daß die fragliche Waare nicht die prononcirten Eigenschaften und Kräfte besitze. Mit Recht macht Schütz in Bekker's Jahrb. V. S. 48. darauf aufmerksam, daß in diesem Falle der Zusagende weit entfernt, ein Interesse an der Erfüllung der Bedingung zu haben, vielmehr wesentlich an der Nichterfüllung interessirt sey, und darin beruht vornehmlich der Unterschied von der Auslobung im engern Sinne. Schütz geht aber zu weit, wenn er daraus die Nichtklagbarkeit ableitet und hier schlechthin von Ausposaunungen und Mystificationen spricht. Vergl. Jhering in s. Jahrbb. IV. S. 99. Der Zusagende hat zunächst die Absicht, dem Publikum zu imponiren und es anzulocken; er schmeichelt sich daneben mit der Hoffnung, daß Niemandem der Versuch der Erfüllung einfallen oder gelingen werde; er hofft mithin, nicht in die Lage des Zahlens versetzt zu werden; allein das kann nimmermehr so gedeutet werden, als habe der Zusagende keinen ernsten Willen, sich zu obligiren. Er würde vielmehr, hätte er diesen Willen nicht, mit sich selbst in Widerspruch treten; denn seine Absicht ist, das Publikum anzulocken; dazu muß er sich eines geeigneten Mittels bedienen wollen; ungeeignet würde die öffentliche Zusage aber seyn, wenn das

---

*) [Diese Anführung ist das Einzige, was der Verfasser in der 2. Auflage über Preisausschreibungen bemerkte.]

Publikum wüßte und allgemein annehmen müßte, daß diese Zusage lediglich eine Scheinzusage wäre. — Das Verhältniß ist dies: der Zusagende ertheilt ein öffentliches dictum et promissum und fügt demselben ein Succumbenzgeld bei, welches freilich nicht als Conventionalpön bezeichnet werden kann, weil die Zusage kein zweiseitiges, sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, welches aber doch den Charakter einer Privatstrafe, nämlich einer selbstauferlegten, freiwillig übernommenen Strafe hat. Es ist nicht abzusehen, warum eine solche freiwillige Strafzusage oder Strafausbietung (Jhering a. a. O. S. 100. nennt sie eine einseitige oder halbe Wette) nicht rechtlich bindend soll seyn können, und daß sie rechtlich binde, ist dem öffentlichen Verkehrsvertrauen und der Volkssitte unzweifelhaft gemäß, wenn auch gewisse Grenzen hier gegeben sind, und oft aus der Art der Anzeige, aus dem Mißverhältniß der Pönalsumme u. s. w. der Mangel ernstlichen Willens in einer Allen erkennbaren Weise hervorgehen mag. — Ein Einwand, welcher von Schütz a. a. O. S. 50. weiter noch gegen die rechtliche Wirksamkeit einer solchen Strafprämie erhoben wird, geht dahin, daß hier nicht eine „abschließbare, endliche Leistung" vorliege, und daß daher kein Maßstab dafür gegeben sey, wie oft der Zusagende, falls Mehreren nach einander die bezeichnete Leistung gelinge, die Strafprämie zu zahlen habe. Mir scheint dieser Einwand durch einen Hinweis auf das analoge Verhältniß gewisser Popularklagen im Röm. R., bei denen die Prävention entscheidet, beseitigt werden zu können.

Jhering a. a. O. erwähnt noch als eine besondere Anwendung des Princips der von ihm s. g. Popularwette den Fall, daß öffentlich auftretende Gymnasten eine Prämie auf ihre eigene Besiegung dem Sieger aussetzen, und führt an, daß Entscheidungen der Gerichte solche für klagbar anerkannt hätten.]

---

§. 236.

2. Verträge.*)

Inst. III. 14. quibus modis re contrahitur obligatio. III. 15. de verborum obligationibus. III. 19. de inutilibus stipulationibus. III. 21.

*) Ueber den Begriff und das Gebiet der Verträge s. v. Savigny System Bd. III. §. 140. In Ansehung der Form der Verträge sind im röm. Recht zu unterscheiden: 1) Formen, welche die Giltigkeit des Vertrags bedingen,

de literarum obligationibus. III. 22. de obligationibus ex consensu. — Dig. II. 14. u. Cod. II. 3. de pactis. Dig. XLV. 1. de verborum obligationibus. Cod. VIII. 38. de contrahenda et committenda stipulatione. Cod. VIII. 39. de inutilibus stipulationibus. Dig. XIX. 5. de praescriptis verbis et in factum actionibus. Cod. IV. 64. de rerum permutatione et praescriptis verbis.

a) Abschluß oder Eingehung.*)

1) Wann ist ein Vertrag für abgeschlossen und mithin für unwiderruflich zu erachten, insbesondere wenn das Uebereinkommen unter Abwesenden durch Briefe gepflogen wird?

---

z. B. die gerichtliche Mitwirkung bei Schenkungen, Immobiliar-Veräußerungen u. dergl. Diese werden bei den einzelnen Verträgen in besondern Betracht gezogen werden; 2) Formen, die zur Klagbarkeit des Vertrags nothwendig sind, womit die römische Classification der Verträge zusammenhängt. Da h. z. T. alle Verträge eine klagbare Verbindlichkeit hervorbringen, wenn sie nur an sich giltig sind, so fallen diese Formen gänzlich hinweg, und liegt daher die Erörterung der römischen Contractslehre insoweit außer unserm Zweck; Puchta Pand. §. 250. Die Literatur dieser Materie findet sich vollständig in v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 595—600. Zu bemerken ist noch das rühmlichst bekannte Werk von Gneist, die formellen Verträge des neueren röm. Obl.-R., Berlin 1845., de Scheurl Comm. ad l. 1. 2. 3. 4. 72. et 85. de verbor. obligat. Erl. 1835., Grolmann Magazin f. d. Philosophie d. Rechts Bd. I. S. 55. über die heutige Anwendbarkeit der röm. Contractslehre; Tübinger krit. Zeitschr. Bd. V. S. 289. vom Unterschied zwischen contractus und pactum, v. Savigny Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. I. S. 248., Linde's Zeitschr. Bd. XVII. S. 351. über die Natur gewisser doppelseitiger Verträge v. Leist, Heise u. Cropp jurist. Abh. Bd. I. no. 18. über literarum obligatio etc., Flach Entscheid. d. Herz. Nass. O.-A.-G. Bd. I. S. 50., H. G. Nißen Versuch über die natürl. Verbindl. d. Verträge. Hamb. 1782., L. Fr. Griesinger v. d. Verbindl. durch Verträge. Tübingen 1793., J. Kaufmann v. d. Obligat. u. Vertr. nach den Grunds. des röm. R. Wien und Triest 1820., Buchholtz jurist. Abhandl. no. 22., v. Batz im civilist. Archiv Bd. III. S. 1.

*) [Der Verfasser hat sich hier immer des Ausdrucks Perfection bedient; indeß ist von mir i. d. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. XI. S. 224 ff. gezeigt worden, daß der Begriff der Perfection nicht identisch ist mit dem der Schließung oder Eingehung des Vertrags. Geschlossen oder zu Stande gekommen oder fertig ist der Vertrag (negotium contractum), sobald die Willen der Parteien rechtsverbindlich übereingekommen sind, perfect oder vollkommen (contractus perfectus) erst dann, wenn gewiß ist, daß der beabsichtigte Rechtserfolg eintrete, die fragliche obligatio zur Existenz komme, also z. B. wenn die beigefügte Suspensivbedingung erfüllt ist.]

1a) [Wann ist ein Vertrag für abgeschlossen und unwiderruflich zu erachten, welcher im Wege der Zeichnung (Subscription) zu Stande kommen soll?]

2) Inwiefern sind Punctationen verbindend? oder

3) pacta de contrahendo?

4) Wann ist bei Auctionen und Subhastationen das Geschäft als zu Stande gekommen anzusehen?

Anmerkung. In Ansehung des Inhalts der Verträge, was Bedingungen und Zeitbestimmungen betrifft, s. Bd. I. §. 39. 42.

Zu 1) Bei den vier benannten Realcontracten, mutuum, commodatum, depositum, pignus, macht sich der Abschluß von selbst durch die reelle Leistung. Bei den auf der Willenseinigung schlechthin beruhenden oder Consensualverträgen hat es allerlei Schwierigkeit, den Moment des Abschlusses zu fixiren, wenn Offert und Accept oder Anfrage und Zusage nicht gleichzeitig zusammentreffen.

Z. B. wenn Jemand in Briefen etwas begehrt, und darauf die Zusage erhält, muß dann auch noch erst die Zusage acceptirt werden, um den Vertrag als abgeschlossen ansehen zu können? Einige halten es für nöthig; Daries Inst. jurispr. univ. §. 413—415. Es ist aber wohl richtiger, zu sagen: praecedens rogatio vim habere acceptationis intelligitur; H. Grotius de jure belli et pacis Lib. II. cap. 11. §. 14., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. IV. S. 20., Koch R. d. Ford. Bd. II. §. 71. S. 74. der 2. Aufl., Kritz Samml. v. Rechtsf. Bd. II. no. 7. S. 89.*)

Hält aber Jemand nach einer Sache blos Nachfrage und bekommt darauf das Offert, so kann die Acceptation des Offerts nöthig seyn, so lange die bei der Nachfrage gehabte Absicht zweifelhaft erscheint; Höpfner Naturrecht §. 71., H. Grotius l. c. §. 15., Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 563. S. 761., Leuchs Handelsr. S. 41—43.

Durch das Einsenden eines Preiszettels [oder s. g. Preiscourants] entsteht für den Offerenten noch keine Verbindlichkeit, die

---

*) Daß der Besteller der Waare, wenn er nach erfolgter Annahme der Bestellung von Seiten des Andern — gleichviel ob die erfolgte Annahme dem Besteller schon kundig geworden ist oder nicht — die Bestellung widerruft, dem Andern allen Aufwand und Schaden vergüten müsse, zeigt besonders l. 5. pr. D. de cond. causa data etc. (12. 4.)

Waare bis zum Eintreffen des Antwortschreibens liegen zu lassen; Bender Grundſ. d. Handlungsr. S. 180., Mittermaier a. a. O., Schütze in Bekker's Jahrb. V. S. 43. Wenn ein Versprechen oder Anerbieten durch einen Boten übersendet wird, so kann es, so lange die Acceptation noch nicht erfolgt ist, widerrufen werden, wenn auch der Bote nichts von dem erfolgten Widerruf weiß; Rudloff D. de acceptatione Altd. 1676. §. 65.

Ist das Versprechen durch einen dazu Beauftragten gegeben und vom Promissar acceptirt, so kann der Promittent nicht zurücktreten, wenn der Beauftragte, ohne von dem Widerruf zu wissen, gehandelt und die Acceptation erlangt hat; Rudloff l. c.

Stirbt der Promittent vor der Acceptation des Promissars, so ist es zweifelhaft, ob die noch erfolgende Acceptation bindend für des Promittenten Erben sey. Die bejahende Meinung, wonach also eine in einem Briefe versicherte Schenkung auch noch nach des Promittenten Tod wirksam vom Donatar acceptirt werden kann, vertheidigt Rudloff l. c. §. 66. Allein dagegen ist einzuwenden, da zum Abschluß einer Schenkung Willenseinigung von Seiten des Gebers und des Beschenkten erfordert wird, im unterstellten Fall aber das Willensvermögen des Ersteren früher erloschen war, ehe ihm der übereinstimmende Wille des Letzteren begegnen konnte, so fehlt es an einem Gegenstande der Acceptation, der beabsichtete Donatar erhält nicht mehr die Aeußerung dessen, was der Andere will, sondern was er gewollt hat, als er noch am Leben war; s. Sintenis Civilr. Bd. II. §. 96. Anm. 14. So entscheidet l. 2. §. 6. D. 39. 5.: „wenn Jemand, um mir Geld zu schenken, dieses Einem zur Ueberbringung an mich gegeben hat, und bevor dasselbe mir übergeben wird, stirbt, so kann das Geld nicht mein Eigenthum werden.“ Ebenso wäre es, wenn der Promittent einem Mandatar aufgetragen hätte, ein Schenkungsversprechen zu ertheilen, aber vor der Vollziehung des Auftrags gestorben wäre. Da wäre das Mandat durch den Tod des Mandanten bereits erloschen gewesen, mithin nichts mehr vorhanden, was hätte acceptirt werden können.

Sehr verschieden wird die Frage beantwortet: wenn der Promittent das dem Entfernten gemachte Anerbieten oder Versprechen widerruft, der Promissar aber es schon acceptirt hat, bevor ihm der Widerruf bekannt wurde, ist da die erfolgte Acceptation für den Offerenten bindend, oder ist sie unwirksam? Hommel Rhaps. obs. 409. hält sie für bindend; promisisti per epistolam alteri, et ille acceptavit, antequam vero tibi de acceptatione constat, promissionem revocas. Re-

spondeo, non licere. Dagegen sagt Westphal in seinen Rechtsgutachten no. 254. th. 12.: acceptatio post revocationem promissionis non valet, und Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 331.: nec si per literas alteri ab altero conditiones propositae sunt, ante est perfecta conventio, quam *acceptio facta in notitiam pervenit ejus, qui obtulit conditiones.* Diese Meinung vertheidigt vorzüglich Hasse im Rhein. Museum Bd. II. S. 371. Er behauptet nämlich: zur Schließung eines Vertrags sey absolut nothwendig, daß die Personen mit ihrem Consens zusammentreffen müssen, d. h. ein Jeder muß nicht blos einwilligen, sondern es auch vom Andern vernommen haben, daß und worein er willige. Eher könne nicht das Bewußtseyn eines abgeschlossenen Vertrags entstehen, eher sey kein Einverständniß, keine Uebereinkunft (conventio) vorhanden. Daß der Eine und der Andere den gleichen Entschluß fasse, sey zwar nothwendige Voraussetzung, aber noch nicht Schließung des Vertrags, denn diese könne nur dadurch vor sich gehen, daß der Entschluß eines Jeden in das Bewußtseyn des Andern übergeht. Analog wird angeführt l. 17. §. 1. D. 17. 2. [Derselben Ansicht sind Wächter i. Arch. f. civil. Prax. XIX. S. 116., Seuffert Pand. §. 256., Bekker in s. Jahrb. II. S. 350 ff.] Diese Ansicht trifft mit dem Grundsatz überein, der Contract gelange da zur Existenz, ubi literae negotium concludentes acceptatae sint, oder in eo loco in quo utriusque partis consensus conjungitur; Voet Comm. Lib. V. tit. 1. §. 75.*)

Diese Sätze können aber nichts über die vorliegende Frage ententscheiden. Ein Rechtsgeschäft unter Abwesenden ist ohne ein Schweben nicht möglich; wollte man aber diesem Schweben die Bedeutung von Wirkungslosigkeit beilegen, so würde man den Rechtsgeschäften unter Abwesenden die Möglichkeit gänzlich absprechen, was Hasse selbst a. a. O. S. 379. als Folge consequenter Durchführung seiner Ansichten am Ende nicht in Abrede stellen kann. Im Handelsverkehr ist man in Ansehung der Frage: ob der Promittent oder Offerent an sein Offert so lange gebunden sey, bis die Acceptation oder Ablehnung von Seiten des Andern erfolgt, darüber wohl wenig zweifelhaft, daß das Anerbieten an einen Abwesenden der Natur der Sache nach eine stillschweigende Bindung für den Fall der Annahme

*) Andere sehen jedoch nur auf Zeit und Ort der Acceptation, ohne Rücksicht darauf, wann und wo dieselbe dem Promittenten zugekommen ist; Hommel Rhaps. obs. 409. no. 18. Videtur consummari contractus in loco, ubi acceptatio facta est, quia illic utriusque consensus coivit. [Vergl. Thöl Handelsrecht §. 57. Anm. 13.]

nothwendig involvire, denn sonst würde das Anerbieten gar keine Bedeutung haben. Diese Bindung oder im Voraus gegebene Einwilligung erlischt aber, wenn die Antwort nicht in der Zeit erfolgt, binnen welcher sie nach Handelssitte billig erwartet werden konnte, wofür man gewöhnlich zwei Posttage rechnet; Koch R. d. Ford. Bd. II. §. 73. S. 81. der 2. Aufl. Dies ist auch im Preuß. Landr. Th. I. Tit. 5. §. 90., 96—98. angenommen. Nach dieser Zeit braucht daher der Promittent sein Versprechen oder Anerbieten gar nicht mehr zu widerrufen; denn es konnte ihn nur insofern binden, als es zu gehöriger Zeit acceptirt worden wäre. Es könnte demnach nur noch gefragt werden, ob ihm innerhalb dieser Zeit ein Widerruf zuzugestehen sey? Hasse gibt ihm hierzu die vollste Freiheit, so lange ihm die Acceptation von Seiten des Andern noch nicht zugekommen ist. v. Wening-Ingenheim im civilist. Archiv Bd. II. S. 267. hält im Gegentheil den Offerenten für gebunden, und zwar, wofern er nicht eine gewisse Zeit, über welche hinaus er nicht gebunden seyn wolle, bestimmt hat, so lange, als der Andere nicht so viele Zeit hat verlaufen lassen, daß man vernünftiger Weise annehmen muß, er wolle nicht acceptiren. Roßhirt in s. Zeitschr. f. Civil- u. Criminalr. Bd. III. S. 231. verwirft beide Meinungen, sowie auch jene von Mühlenbruch, erklärt sich aber nur insoweit, daß man in der Art allgemeine Grundsätze über den Umfang der obligatio bei Verträgen inter absentes nicht annehmen könne. Puchta Pand. §. 251. sagt: „Versprechen an Entfernte können zurückgenommen werden, ehe der Adressat sie erhält und acceptirt, seine Acceptation nach erklärtem, wenngleich ihm noch nicht bekannten Widerruf ist ohne Bedeutung." Diese dem Promissar ungünstige Ansicht fußt augenscheinlich auf dem Grundsatze, daß Jedermann Herr seines freien Willens bleiben müsse, so lange dieser nicht durch die Zustimmung des Andern ein gemeinsamer und dadurch gegenseitig bindender Wille geworden ist.

Man muß aber wohl um einen Schritt weiter gehen und sich fragen, was denn der Offerent bei solcher Art des Verkehrs unter Entfernten vernünftiger Weise wollen kann, und da gelangt man nothwendig zu der von Sintenis Civilr. Bd. II. §. 95. Anm. 14. einleuchtend entwickelten Ansicht: wenn Widerruf des Offerenten oder Promittenten und rechtzeitige Acceptation des Offerts von Seiten des Promissars sich kreuzen, so kommt es darauf an, ob der Acceptant seine Annahme des Offerts vor erhaltenem Widerruf des Offerenten abgesendet hat, oder nicht. Im ersten Fall ist der Widerruf, im

zweiten der Accept ohne rechtliche Wirkung. Nicht dem vielleicht früher abgesendeten Widerruf, sondern der abgesendeten Annahme muß das entscheidende Gewicht beigelegt werden. Indem nämlich der Offerent die mögliche Folge seines Anerbietens durch die Annahme des Andern bezweckt, und dessen willkürlicher Verfügung anheim gibt, zu diesem Zwecke aber einen Weg einschlägt, auf welchem er diese nicht anders erlangen kann, als dadurch, daß der Acceptant seine Einwilligung durch einen Brief oder Boten an ihn absendet, ist er durch die von ihm selbst gewählte Art des Verkehrs vom Augenblick der Absendung des Accepts an, diesen als ihn bindend anzuerkennen und wirksam werden zu lassen verbunden. Der Promittent würde ja zu einer treulosen und wortbrüchigen Handlung privilegirt werden, wenn er seinen bedingt — nämlich für den Fall der Annahme — gegebenen Consens gerade bei eingetretener Bedingung widerrufen und die während der Kreuzung der Briefe vom Acceptanten zur Realisirung des Geschäfts vielleicht schon getroffenen kostspieligen Anstalten durch einen Absagebrief vereiteln dürfte. Der Offerent mußte, wenn er nicht willenlos anbot, auf Annahme rechnen; es ist daher ganz gerecht, daß er die Folgen der zeitig geschehenen Acceptation über sich nehme; der Promissar hingegen konnte unmöglich auf Widerruf des erhaltenen Versprechens rechnen, es wäre daher ungerecht, ihm die nachtheiligen Folgen des Widerrufs zuzuwälzen. Was unter Anwesenden das gesprochene Wort gilt, muß unter Abwesenden der Act der Absendung der schriftlichen Antwort gelten und wirken. Treffend sagt v. Scheurl Beitr. zum röm. Recht Hft. 2. S. 301.: „man muß bei Verträgen, die unter Abwesenden geschlossen werden sollen, jeden der Contrahenten als doch gleichsam in seinem Briefe oder dem von ihm abgeschickten Boten persönlich bei dem Andern anwesend betrachten. Hat also der Adressat meinen den Vorschlag enthaltenden Brief in seiner Hand, ohne daß mein zweiter widerrufender Brief bereits an ihn gelangt ist, und er acceptirt auf jenen ersten Brief hin, so hat er doch eigentlich den Vertrag mit mir abgeschlossen, und mein nachher eintreffender Widerruf kann dies so wenig ungeschehen machen, als Jemand giltiger Weise sein von ihm persönlich gegebenes und sofort von der andern Seite persönlich angenommenes Versprechen nachher einseitig widerrufen kann." — Abweichend von uns scheint aber der Verf., indem er weiter fortfährt: „vorausgesetzt wird hierbei, daß der widerrufende Brief nicht während der Zeit noch bei dem Adressaten einläuft, in welcher dessen acceptirender Brief unterwegs ist, denn sonst kommt der Widerruf allerdings

dem Abschluß des Vertrags zuvor." Wir können dem auf den Briefwechsel verlaufenden Zeitraume kein rechtliches Gewicht beilegen. Zwar mag man wohl in dem bloßen Briefschreiben des Promissars und Acceptanten noch etwas vermissen, was zur Willenseinigung zwischen Entfernten nöthig scheint, aber den Act der Absendung der Antwort an den Promittenten, nicht also die bloße Willensäußerung im Stillen, sondern die Willensmittheilung in der Art, wie der Offerent sie selbst einleitete und wie sie dem Acceptanten allein möglich ist, muß man als das bindende Moment erkennen.*) [Dieselbe Ansicht ist von v. Scheurl später in Gerber's Jahrbb. II. S. 255 ff. angenommen worden.] Auf diese Weise ist auch volle Reciprocität der Rechte beider Contrahenten begründet; denn gleichwie der Promittent verlangen kann, nicht ohne alle Zeitbeschränkung gebunden zu bleiben, so kann umgekehrt der Promissar verlangen, daß der Promittent nicht gänzlich unverbunden sey. Mit dieser Ansicht stimmen auch andere Schriftsteller wesentlich überein; Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 419. lit. d., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. §. 26. S. 53., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. IV. S. 21., v. Hartitzsch Entscheid. no. 439.

[Es liegt nach der Ansicht des Herausgebers in der Consequenz des strengen Vertragsbegriffs, daß der Vertrag erst zu Stande kommt durch das Eintreten der beiderseitigen übereinstimmenden Willenserklärungen in das Bewußtseyn der Parteien, also erst dann, wenn der Proponent die Annahmeerklärung empfängt, s. Arndts Pand. §. 231. Anm. 3., denn Vertrag ist Uebereinkunft (conventio), d. h. eine lebendige nicht außer (objectiv), sondern in den Parteien (sub-

*) Ein Beispiel möge die Sache anschaulich machen. N. in M. bot dem U. in R. in einem Briefe vom 10. Januar eine Partie Waaren um einen bestimmten Preis an. U. acceptirt dieselbe mittelst eines vom 14. Januar datirten Briefes, welcher am 18. Januar bei N. in M. eintrifft. Am 16. aber erhält U. ein vom 13. datirtes Schreiben des N., daß er ihm mit der Waare nicht mehr dienen könne, weil sie zu schnellen Absatz gefunden habe. Muß nun U., der indessen schon seine angemessenen Dispositionen über die Waare nach anderen Gegenden getroffen und dadurch Verpflichtungen gegen Andere auf sich geladen hat, sich den Widerruf gefallen lassen? Nach Hasse, Puchta und Andern müßte man sagen: Ja; denn am 13. war N. noch freier Herr über sein erst am 14. acceptirtes Versprechen, von dessen Annahme er erst am 18. Kenntniß erhielt. Nach unseren obigen Ausführungen aber muß man ihm den Rücktritt versagen, weil er sich auf dem von ihm gewählten Wege dem Entschluß des Andern in der der Handlungssitte entsprechenden Zeit unterworfen hat; vergl. Erk. d. O.-A.-G. in Rostock in Seuffert's Archiv Bd. VII. S. 17.

jectiv) bestehende Einheit. Mit praktischer Sinnlichkeit trat dieses Postulat in der Römischen stipulatio hervor. Vergl. Bekker in s. Jahrb. II. S. 351—355. Für Verträge inter absentes würde sich daraus der Satz ergeben, daß so lange, bis der Offerent die Annahme erfahren hat, alle Voraussetzungen eines giltigen Vertrags, z. B. Leben, Dispositionsfähigkeit, unveränderter Wille des Offerenten selbst, fortbestehen müssen; es würde daraus folgen, daß, wenn der Offerent vor erhaltener Kunde von der Annahme stirbt, oder wahnsinnig oder prodigus oder Cridar wird (s. Bekker a. a. O. S. 380.) oder seine Willensänderung erklärt, d. h. die Offerte widerruft, der Vertrag nicht zu Stande käme. Es leuchtet aber ein, daß dies zu einer höchst bedenklichen Gebrechlichkeit der Vertragsoperationen inter absentes führen würde. Vergl. Ihering in s. Jahrb. IV. S. 91.

Zunächst ist nun zu berücksichtigen, daß bei gewissen Arten von Verträgen, z. B. einem dem Commissionär ertheilten Auftrag, der Offerent gar nicht erst eine besondere Annahmeerklärung erwartet; s. v. Scheurl in Gerber's u. Ihering's Jahrbb. II. S. 254. u. Ihering ebendas. IV. S. 89.; hier muß der Vertrag als in dem Augenblick geschlossen und unwiderruflich gelten, wo der Propositar eine die Annahme enthaltende Handlung (gestio pro contrahente) vornimmt.

Abgesehen aber von solchen Fällen ist weiter zu berücksichtigen, daß es die Vertragsschließung von dem störenden Einflusse von Zufälligkeiten abhängig machen hieße (s. Seuffert's Archiv XVI. No. 203.), wenn angenommen würde, daß Tod oder Wahnsinn, der nach der Annahmeerklärung, aber vor deren Anlangung beim Offerenten eintrete, das Zustandekommen hindere. Das Bedürfniß des Verkehrs drängt daher zu dem vom A. D. Handelsgesetzb. Art. 321. anerkannten, und wohl auch vom O.-A.-G. zu Lübeck (s. Seuffert's Archiv XIV. No. 15.) nicht bestrittenen Satze, daß der Zeitpunkt, in welchem die Annahmeerklärung behufs der Absendung abgegeben ist, als der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gelte. Vergl. Bekker a. a. O. S. 383.

Eine besondere Behandlung verdient noch die Frage der Widerruflichkeit, zunächst insofern sie mit der eben behandelten Frage des Abschlußzeitpunktes zusammenhängt. Es fragt sich hier: darf der Propositar seine Annahme widerrufen? In der Consequenz des oben aufgestellten strengen Vertragsbegriffes muß geantwortet werden: ja, bis der Offerent Kunde von der Annahmeerklärung erhält; und dieser Satz ist vom A. D. Handelsgesetzb. Art. 320. Abs. 2. adoptirt.*) —

*) [Thöl Handelsrecht §. 57 a. Anm. v. findet diese Bestimmung unvernünftig, weil durch sie der Propositar einseitig begünstigt werde; indeß der

Endlich fragt es sich, wie lange der Offerent seine Offerte widerrufen dürfe. Von einem eigentlichen Widerruf läßt sich in dem Falle gar nicht reden, daß vor oder mit der Offerte deren Widerruf beim Propositar eintrifft, denn solchenfalls liegt dem Adressaten in der That gar keine Offerte vor. Die Frage ist mithin eigentlich nur die, ob ein Widerruf gelte, welcher nach dem Anlangen der Offerte beim Propositar eintrifft. Nach dem strengen Vertragsbegriff müßte gesagt werden, daß der Offerent so lange seinen Widerruf giltig absenden könne, bis ihm die Kunde von der Annahme des Propositars zukommt, indeß würden hierdurch die Interessen des letzteren oft in unbilliger Weise verletzt werden, und daher ist es angemessen, den Satz aufzustellen, daß ein Widerruf der Offerte verspätet ist, wenn der Propositar bei Empfang des Widerrufs bereits seine Annahmeerklärung abgesendet hat. In anderer Weise hat das Handelsgesetzbuch in Art. 319. die Frage geordnet, indem es zu Gunsten des Propositars die (nicht durch gleichzeitig eintreffenden Widerruf paralysirte) Offerte für zeitweilig bindend erklärt, aber nun auch zur billigen Ausgleichung der Parteienstellung den Offerenten in Betreff der später eintreffenden Annahmeerklärung vortheilhafter situirt. Vergl. Bekker in s. Jahrb. II. S. 409., Ihering in s. Jahrbb. IV. S. 86.

Bekker a. a. O. S. 363. stellt als civilrechtlichen Satz auf, daß der Widerruf giltig sey, wenn er beim Propositar eintrifft, bevor derselbe seine Annahme irgendwie ausgedrückt hat, daß der Offerent aber auch dann, wenn die Uebermittelung der Annahmeerklärung bereits begonnen hat, widerrufen könne, indem er solchenfalls dem Propositar nur für den ihm aus der Renuntiation erwachsenden Schaden einstehen müsse; diese Schädenklage erklärt v. Scheurl in Gerber's Jahrbb. a. a. O. für eine Mandatsklage, Bekker a. a. O. S. 367. für die betreffende Contractsklage, womit er sich unserer Ansicht wieder annähert.

In neuerer Zeit hat diese dogmatisch so interessante Frage nach dem Abschlußpunkt bei Verträgen inter absentes eine besondere Bedeutung durch das Telegraphenwesen erhalten, indem hier die Zeiten als unterschiedene Punkte besonders scharf hervortreten. Vergl. unten §. 240. und Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsr. VI. S. 627.]

Offerent kann sich vorsehen, wenn er telegraphische Antwort verlangt, und das wird der vorsichtige Kaufmann, wo Gefahr ist, thun; und übrigens ist der extreme Erfolg doch immer nur ein lucrum cessans für den Offerenten: das Nichtzustandekommen eines angebotenen Geschäftes.]

Zu 1a) [Unverkennbar drängt unser Verkehrsbedürfniß nach einer freieren und beweglicheren Gestaltung der durch Willensübereinstimmung zweier Parteien bedingten Rechtsgeschäfte und einer größeren Begünstigung des Negociirens, als das Princip des Röm. R. zuläßt, wonach die Erklärungen widerruflich sind bis zur beiderseitigen Kunde von der Willensübereinstimmung. Dieser Tendenz entspricht es, daß das Abschlußmoment an möglichst einfache Thatumstände geknüpft und möglichst frühzeitig angesetzt wird. — Es ist schon zu Fr. 1. auf S. 310. erwähnt worden, daß da, wo der Proponent nach der Natur der Umstände nicht erst Antwort erwartet, die Acceptation schon im einseitigen Handeln des Propositars ausgedrückt werden kann, und der Vertrag damit auch sofort zu Stande kommt; ähnlich ist der Fall der Vertragseingehung durch Subscription oder Zeichnung, welcher heutzutage sehr häufig vorkommt. Die solchenfalls erlassene Aufforderung ergeht bald an eine Anzahl bestimmter Personen, bald an einen ganzen Kreis unbestimmter Personen, und zwar indem entweder durch Auslegung oder Herumschickung einer Subscriptionsliste, oder aber durch Zustellung eines vervielfältigten Circulärs, also in Gestalt von Einzelformularen, die Gelegenheit zur Zeichnung eröffnet wird.

Diese Verschiedenheit der Form ist wichtig. Bei der Ausgabe von Einzelformularen kann nicht schon deren Ausfüllung das entscheidende Moment seyn, denn das Papier hat an und für sich keine andere Bedeutung, als die, die Zeichnung möglichst zu erleichtern; es geht durch Ueberlassung an eine Person in deren Eigenthum über, und diese kann folglich mit dem Papier schalten, z. B. beliebige Notizen auf dasselbe bringen oder es vernichten; sie kann es auch, nachdem sie ihren Namen bereits behufs der Vollziehung darauf gebracht hat, noch vertilgen und somit das Instrument der offerirten Vertragseingehung beseitigen. Es folgt hieraus, daß der durch das Formular offerirte Vertrag nicht schon durch Unterzeichnung desselben geschlossen wird, sondern es gehört dazu ein weiterer Act, wodurch der Subscribent sich in persönlichen Bezug zu dem Proponenten setzt, also Rückgabe des vollzogenen Formulars an den Proponenten oder dessen Stellvertreter. Vergl. Seuffert's Archiv XVI. No. 216.

Eine andere Bedeutung wohnt dem Subscriptionsbogen inne, welcher vom Proponenten für eine Reihenfolge von Subscribenten bestimmt ist, denn ein solcher Bogen bleibt im Eigenthum des Proponenten, der nicht die Absicht hat, beliebigen Personen ein Verfügungsrecht über denselben einzuräumen. Es folgt hieraus, daß, wer

seinen Namen auf einen solchen Bogen in Gemäßheit des auf oder bei demselben befindlichen Prospektes zeichnet, sofort dadurch das ihm proponirte Rechtsgeschäft eingeht und kein einseitiges Rücktrittsrecht hat. Das Papier vertritt gleichsam den Proponenten, und wer seinen Namen darauf eingetragen hat, begibt sich damit in die Gewalt jenes und verpfändet ihm sein (geschriebenes) Wort. Der Fall ist ähnlich der Präsentation und Acceptirung eines Wechsels. In dieser Weise hat auch das Lübecker O.-A.-G. entschieden, s. Seuffert's Archiv XI. No. 217. Wenn dieser Gerichtshof auf die Auslobung als eine Analogie verweist, so muß ich dagegen bemerken, daß nach dem Ausgeführten die Subscription sich als Vertrag, die Auslobung als einseitiges Rechtsgeschäft darstellt; freilich finden wir in der Subscription eine so freie Gestaltung des Vertrags, daß wir damit vor der Grenze des Vertragsbegriffs und an der Linie angelangt sind, jenseits welcher das Gebiet der einseitigen Rechtsakte beginnt.]

Zu 2) Im gewöhnlichen Sinne wird unter einer **Punctation** der schriftlich aufgesetzte Entwurf einer erst noch abzufassenden förmlichen oder unter gerichtlicher Mitwirkung aufzusetzenden Urkunde über einen abgeschlossenen Vertrag verstanden. Eine Punctation gilt lediglich als Beweismittel eingegangener Verpflichtungen. Sind diese von der Art, daß es zu ihrer bindenden Kraft weder nach den Gesetzen, noch zufolge besonderer Verabredung einer sonstigen Förmlichkeit bedarf, so besteht der Vertrag, welchen die Punctation enthält, durch sich selbst.*) Indem es aber im Sinne einer Punctation liegt, daß die Paciscenten noch etwas Weiteres zur Vollendung des Geschäfts in Aussicht stellen, und dieses Weitere nur noch in etwas Formellem bestehen kann, so wäre der Punctation rechtliche Wirkung nur dann abzusprechen, wenn eine Verpflichtung ohne solche Form gar nicht entstehen könnte; betrifft aber die Form nur die Vollziehungsweise, um das Recht des Andern zu verwirklichen, z. B. gerichtliche Verlautbarung eines Kaufgeschäfts, einer Pfandbestellung u. dergl., so

---

*) Gleichwohl möchten wir nicht behaupten, daß eine vollständige Punctation nur der zufälligen Benennung nach, aber nicht im Wesen von einem schriftlichen Vertrage verschieden sey, wie hier und da gesagt wird, s. **Koch** a. a. O. Bd. II. §. 70. a. E., sondern nur, daß eine Punctation, welche alle wesentlichen Bestandtheile des Geschäfts umfaßt, ohne daß ein Vorbehalt noch besonders auszutragender, etwa ad naturalia negotii gehörender Punkte beigefügt ist, ebenso wirksam und verbindend seyn muß, als ein so betitelter schriftlicher Vertrag; **Glück** Thl. IV. §. 292. S. 107., v. **Wening-Ingenheim** Lehrb. Bd. II. S. 106.

muß man in der Verpflichtung, dem Andern solches Recht zu gewähren, auch die Verpflichtung zur Anwendung der gesetzlichen Mittel dazu als begründet und erwiesen erachten. Insofern es nur auf die Existenz der Verpflichtung ankommt, kann es der Giltigkeit der Punctation auch nicht schaden, wenn etwa das Datum fehlt, Leyser Sp. 265., G. L. Böhmer Rechtsf. Bd. I. no. 24. §. 16., oder wenn sie nicht besiegelt ist, Eichhorn deutsch. Privatr. §. 94. cf. §. 62., und wenngleich bei amtlichen Fertigungen die geschehene Vorlesung constatirt werden muß, so darf doch bei Privaturkunden vermöge der Unterschrift die Bekanntschaft mit dem Inhalte vorausgesetzt werden; Sintenis Civilr. Bd. II. §. 96. Anm. 7. — Dagegen hat die Punctation vor bloßen Tractaten nichts voraus, wenn darin die Giltigkeit der Verhandlung von der Vollziehung eines förmlichen Instruments ausdrücklich abhängig gemacht ist, oder wenn sie über irgend ein essentiale negotii eine Bestimmung nicht enthält, oder wenn — sey es auch für Nebenpunkte — nachträgliche Uebereinkunft ausdrücklich darin vorbehalten ist; denn wenn solche Nebenpunkte blos stillschweigend übergangen sind, so verliert dadurch die Punctation nicht ihre Kraft, insoweit man annehmen kann, daß die Contrahenten solche Punkte stillschweigend den gesetzlichen Bestimmungen unterworfen haben, W. H. Puchta Handb. d. gerichtl. Verf. in nicht streit. bürgerl. Rechtssachen Thl. I. §. 60., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. §. 27. S. 55.

Auch mündliche Uebereinkunft ist, wo nicht in den Gesetzen eine Scriptur besonders erfordert wird, ebenso verbindend, wie ein schriftlicher Aufsatz; es wird sogar vermuthet, daß die Schrift nur den Beweis, nicht die obligatorische Kraft des Geschäfts bezwecke, l. 4. D. 22. 4., Stryck D. de cautel. contract. II. 8. §. 1—3., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 420., und nur dann ist die mündliche Abrede noch nicht verbindend, wenn ausgemacht ist, daß man in scriptis contrahiren wolle; l. 17. C. 4. 21. — pr. J. 3. 23. Da ist nun wohl sehr darüber gestritten worden, ob der Vertrag nur dann noch unfertig sey, wenn die Contrahenten ausdrücklich erklärt haben, nicht eher, als derselbe schriftlich aufgerichtet seyn werde, verbunden seyn zu wollen, wie Walch Controv. jur. civ. pag. 446. (Ed. 3.) und Leyser Sp. 272. med. 1. u. 2. behaupten, oder schon dann, wenn sie sich die schriftliche Abfassung nur einfach vorbehalten haben, wie Wilhelm Leyser, der Vater, gegen Stryck und Brunnemann behauptet hatte. Allein, wenn man nicht in pure Subtilitäten verfallen will, so muß man diese Distinction verwerfen

und dabei stehen bleiben, daß der Vorbehalt einer Scriptur das Zustandekommen des Vertrags nur dann nicht verhindere, wenn die Scriptur blos die Solennität, und nicht die Willenseinigung selbst, zum Zweck hat; Klein merkw. Rechtssprüche der Halleschen Juristenfacultät Bd. I. no. 11., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. (§. 82.) S. 116. Vergl. Setzer Abhandl. aus d. Civilrecht; I. Ueber d. Verabredung der Schrift (Bremen 1860), Kuntze in Schletter's Jahrbb. VII. S. 318. und v. Keller Pand. §. 222.

Eine Zweifelsfrage ist es, ob das aus einem der schriftlichen Form unterworfenen Geschäft bei Nichtbeobachtung derselben Gegebene condictione indebiti wieder zurückgefordert werden könne? Bejahet wird diese Frage in Thöl Handelsr. Bd. I. §. 59., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 96. Anm. 6. Insofern aber nicht besonders privilegirten Personen die Rechtsunwissenheit verziehen wird, geht die herrschende Meinung dahin, daß diesfalls eine Zurückforderung ausgeschlossen bleibe; Glück Thl. XIII. S. 135. und die vielen in Anm. 82. angeführten Schriftsteller, ebend. S. 187., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 93. S. 275., Thibaut System §. 78. (Ed. 8.) Man nimmt nämlich nicht, wie Sintenis a. a. O., dergleichen Formvorschrift für eine lex prohibitiva, sondern praeceptiva an.

Von mündlichen Nebenabreden zu schriftlich aufgesetzten Verträgen ist zu bemerken, daß, wenn für letztere gesetzlich die Schrift vorgeschrieben ist, jene auch nicht gelten können, dagegen sie im umgekehrten Falle vollständige Kraft haben müssen, Sintenis a. a. O. §. 96. Anm. 9., vorausgesetzt, daß Derjenige, welcher sich auf solche beruft, eventuell beweist, daß sie noch neben dem schriftlichen Contracte Giltigkeit haben sollen, denn die Vermuthung spricht dafür, daß die Schrift den gesammten Inhalt des Vertrags vollständig wiedergegeben habe, soweit er zur Zeit ihrer Abfassung vorlag, weshalb es an einer vorher stattgehabten Beredung zweifelhaft ist, ob sie nicht zu den verworfenen Tractaten gehören; s. Erk. d. O.-A.-G. zu Kiel in Seuffert's Archiv Bd. VI. S. 31.

Zu 3) Ein pactum de ineundo contractu muß zwar h. z. T. als vollkommen bindend anerkannt werden, es scheint aber nur bei den Realcontracten einen für sich bestehenden Vertrag ausmachen zu können, Koch R. d. Ford. Bd. II. §. 70., z. B. beim Tausch (pactum de permutando); Leyser Sp. 39. med. 6. u. 7. Bei den Consensualcontracten fällt dasselbe mit dem Hauptvertrag in Eins zusammen, wenn es alle wesentlichen Stücke desselben umfaßt, und ist dies nicht der Fall, so ist das pactum de contrahendo nicht von bloßen Tractaten

zu unterscheiden; Koch a. a. O., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. II. tit. 14. §. 68., Madihn Princ. jur. Rom. P. I. §. 84. Man wird sich daher schwerlich mit Glück Thl. IV. S. 106. einigen können, wenn derselbe aus einem präparatorischen Vertrage eine Klage auf völlige Berichtigung des Contracts gestattet. Aus einem materiell unvollständigen präparatorischen Vertrage wird man keine Klage fundiren können. Nur soviel ist zuzugeben, daß da, wo die Gesetze außerhalb der Interessen der Contrahenten irgend eine Förmlichkeit im öffentlichen Interesse vorgeschrieben haben, z. B. gerichtliche Verlautbarung, Eintragung in die öffentlichen Bücher u. dergl., darauf mit Recht gegen den weigernden Paciscenten geklagt werden könne, weil von der vollkommenen Willenseinigung in dem Rechtsgeschäft die Verbindlichkeit zur Befolgung solcher obrigkeitlicher Vorschriften untrennbar ist.

Für die Meinung, daß von einem pactum de ineundo contractu noch einseitiger Rücktritt zulässig sey, wird zwar l. 30. D. 12. 1. angeführt: qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, *in potestate habet*, ne accipiendo se ei obstringat; es ist aber wohl diese Stelle, wie das O.-A.-G. zu Dresden entschied (s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1848. S. 193. u. 421.), von dem besonderen Falle zu verstehen, wo nur der accepturus ein Interesse haben konnte, nämlich von pecunia gratuita oder mutuum — nicht foenus —, was auf ein Geschäft, an welchem beide Theile ein wesentliches Interesse haben, der Entnehmer an der nützlichen Verwendung des Geldes, der Darleiher an der fruchtbringenden Unterbringung seines Kassenvorrathes, nicht Anwendung finden kann.

Zu 4) Jedes Gebot muß als wirkliche Abschließung des Vertrags betrachtet werden, aber mit der für das Recht beider Contrahenten beigefügten Bedingung, wenn sich nicht innerhalb der gesetzten, oder durch arbitrium, z. B. des Auctionators, zu bestimmenden Zeit ein vortheilhafterer Contrahent finden werde; Puchta Pand. §. 252. Mehreres s. im besondern Theil Kap. IX. sub c) vom Kauf durch Versteigerung.

§. 237.

b) Persönliche Fähigkeit.*)

1) Inwiefern können Unmündige ohne Beitritt des Tutors civiliter obligirt werden? oder
2) ein Minderjähriger, welcher einen bleibenden Curator hat?
3) Ist der Vormund, welcher in dieser Eigenschaft einen Vertrag geschlossen hat, berechtigt, denselben selbst anzufechten, und dagegen Namens des Mündels Restitution nachzusuchen?
4) Ist auch der in väterlicher Gewalt befindliche Sohn ex delicto verbunden, wenn er auf Geheiß des Vaters gehandelt hat?
5) Sind h. z. T. Verträge zwischen dem Vater und dem in väterlicher Gewalt befindlichen Sohne giltig? und insofern sie nur eine natürliche Verbindlichkeit begründen können, verwandelt sich diese nach Auflösung des Abhängigkeitsverhältnisses in eine klagbare Verbindlichkeit?
6) Nach welchen Gesetzen ist die subjective Fähigkeit zur Eingehung eines Vertrags zu beurtheilen?
7) Welcher Personen Verträge mit Juden bedürfen nach den Reichsgesetzen gerichtlicher Protocollirung?
8) Ist ein zwischen dem Arzt und dem Kranken während der Dauer der ärztlichen Behandlung geschlossener Vertrag ungiltig?
9) Inwiefern sind Verträge zwischen dem Sachwalter und seinem Clienten unerlaubt?

Zu **1)** Eine vollkommene Verpflichtung kann für sie entstehen: a) aus Delicten; b) ubi actio ex re venit; c) wenn und soweit sich

*) Unberührt bleiben hier die nur einzelnen Landesrechten angehörenden Beschränkungen, z. B. der Frauenspersonen da, wo cura sexus besteht, der Juden in Ansehung der Verträge, welche sie mit Christen eingehen, insbesondere in Betreff von Immobilien, Güterzertrümmerungen u. dergl.; Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. II. S. 401. Bd. III. S. 97. Bd. VII. S. 332. u. 367. Bd. VIII. S. 112. Von der Unfähigkeit der Wahnsinnigen, Blödsinnigen, Verschwender rc. s. Bd. I. S. 260. Fr. 24 fg. Nur particularrechtlich sind auch die Beschränkungen derjenigen Personen, welche sich in einer Disciplinargewalt befinden, wie Studenten und Militärpersonen. Beschränkungen, welche aus dem ehelichen Verhältniß entstehen, s. Bd. I. §. 56.

der Pupill aus dem Rechtsgeschäft bereichert findet. Nach l. 1. §. 15. D. 16. 3. muß auch der wohl seltene Fall hierher gerechnet werden, wenn der Pupill dolos gehandelt hat, und die Umstände eine Zurechnung des dolus rechtfertigen; Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 159. Außer diesen Fällen kann er nur naturaliter verpflichtet werden, jedoch mit der Einschränkung, daß seine ohne Autorität des Vormunds geleisteten Zahlungen ganz wirkungslos sind, mithin gleichwohl zurückgefordert werden können; v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 279., Brandis in Linde's Zeitschr. Bd. VII. S. 149. über absolute und relative Nullität, Büchel civilrechtl. Erörter. Bd. II. S. 68. Abweichend ist Rudorff Vormundschaftsr. Bd. II. S. 280. Bei zweiseitigen Verträgen, welche von einem Pupillen ohne Autorität des Vormunds geschlossen wurden, hat man gewöhnlich ein negotium claudicans angenommen, dergestalt, daß der Pupill die Wahl habe, ob er das Geschäft bestehen lassen wolle oder nicht; s. Bd. I. §. 79. Fr. 2., Unterholzner a. a. O. S. 160., Koch R. d. Ford. Bd. II. §. 104.; es ist aber wohl richtiger, nach v. Vangerow a. a. O. folgendes Princip aufzustellen: „der Mitcontrahent ist stets vollständig an alle von ihm übernommene Verbindlichkeiten gebunden, der Pupill ist zwar naturaliter ebenfalls auf das Ganze, civiliter aber nur in quantum locupletior factus est, verpflichtet."

Dem eigenen Vormund kann der Mündel nicht anders als unter Beitritt eines anderen ihm ad hunc actum beizugebenden Vormundes verpflichtet werden, wenn nicht anders seine Verpflichtung blos Folge eines anderen Geschäfts ist, z. B. Antretung einer Erbschaft, an welche der Vormund Ansprüche hat; l. 1. pr. D. 26. 8.

Zu 2) Die sonst gewöhnliche Lehre: der Minderjährige könne ohne Consens des Curators zwar seine Person,*) aber nicht sein Vermögen verpflichten, Glück Thl. IV. S. 75., ist nach genauerer Erwägung, Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 374., wohl dahin zu berichtigen: eigentliche Veräußerungen, z. B. Verkäufe und Verpfändungen, kann der minor ohne Consens seines Curators gar nicht vornehmen; übrigens läßt sich nach römischem Recht, l. 101. D. 45. 1. — l. 43. D. 44. 7. — l. 141. §. 2. D. 45. 1., welches in Ansehung des Unterschieds zwischen Unmündigen und Minderjährigen wohl nicht — wie noch Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 164. §. 80. annimmt — durch die R.-P.-O. v. 1548. Tit. 31. §. 1. und

*) Neuere Landrechte beschränken ihn auch in dieser Beziehung, z. B. Sponsalien, Eheschließung betr.

von 1577. Tit. 32. §. 1. als aufgehoben betrachtet werden kann, Glück Thl. XXIX. S. 473. Thl. XXX. §. 1322a., nicht behaupten, daß der minor durchaus keine Vermögensverpflichtungen ohne curatorischen Consens eingehen könne, jedoch braucht der Curator nichts aus dem Vermögen des Minderjährigen zu zahlen, und er selbst kann sich in integrum restituiren lassen, v. Vangerow a. a. O. Bd. I. §. 291. Anm. 2., Rudorff Vormundschaftsrecht Bd. II. S. 284., v. Savigny über den Schutz der Minderjährigen im R. R. ꝛc. S. 32.*), vorausgesetzt, daß er sich nicht eidlich verpflichtet habe. Auth. sacramentu puberum C. 2. 29. und l. 1. C. 2. 28., Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 162. Ein minderjähriger Ehemann ist zwar zur cura sexus, aber nicht zur cura aetatis seiner gleichfalls minderjährigen Ehefrau befugt; Richter Auff. über verschiedene Rechtsfr. S. 240. Eine minderjährige Ehefrau ist bei einem ehelichen Güterstand, in welchem der Mann zufolge des Mundiums Nießbrauch und Verwaltung ihres Vermögens überkommen hat, nach den Regeln des R. R. über Minderjährige, welche keinen Curator haben, zu beurtheilen. Sie kann daher ein ohne Decr. de alienando veräußertes Gut binnen 5 Jahren nach erreichter Großjährigkeit vindiciren; l. 8. 10. 15. 16. C. 5. 71., Seuffert's Archiv Bd. I. S. 251., Kapff merkw. Civilrechtssprüche Bd. I. S. 226.

Zu 3) Diese Frage ist ohne Zweifel zu verneinen, Wernher Obs. for. T. I. P. I. obs. 266., Hagemann prakt. Erört. Th. V. no. 41., v. Pufendorf Observationen, herausgegeben von Ludwig Schmidt, Celle 1841. Obs. 11., und zwar hauptsächlich deswegen, weil ja der minor die Wahl hat, auf Restitution zu klagen, oder seinen Vormund zu belangen, l. 3. C. 2. 25., und l. 25. §. 1. D. 4. 4. dem juvenis den Weg vorzeichnet: ipso postulante praestari debet restitutio, aut procuratori ejus, cui ad ipsum nominatim mandatum est, welchem l. 29. pr. eod. noch beifügt: curatorem *postea datum* nomine ipsius in integrum restitutionem postulare non prohiberi. Es müßte also dem Minderjährigen ein anderer Curator ad hunc actum gegeben werden; Glück Thl. V. §. 433.

Zu 4) Wenn es nicht eine entschieden verbrecherische Handlung war, so hebt der väterliche Befehl die Zurechnung gegen den Sohn auf, und die Klage kann blos gegen den Vater gerichtet werden; l. 37. pr. D. 9. 2., Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 146.

---

*) [auch mit einigen Zusätzen abgedruckt in d. Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. X. S. 232 ff. und in v. Savigny's Vermischten Schriften II. S. 321 ff.]

Zu 5) Daß nach R. R. zwischen den durch väterliche Gewalt verbundenen Personen, — abgesehen von obligationibus ex lege, wie Alimentation, Dotation rc. — durch Willenshandlungen eine obligatio civilis nicht entstehen kann, liegt außer Zweifel. Die verschiedenen Meinungen über den Grund dieser Unmöglichkeit hat v. d. Pfordten Abhandl. S. 113. mit ausgezeichneter Gründlichkeit geprüft und insbesondere die sonst gewöhnliche Zugrundelegung einer unitas personae*) als unhaltbar nachgewiesen. Ihm liegt der einfache Grund darin, daß bekanntlich der Vater Alles erwarb, was dem Kind gehört haben würde, wenn es sui juris wäre. Die natürliche Folge hiervon war nämlich, daß das Kind nicht Gläubiger seines Vaters werden konnte, indem die obligatio augenblicklich durch Confusion erloschen seyn würde, aber auch das Kind nicht Schuldner des Vaters werden konnte, weil, was das Kind besaß, ohnedies dem Vater gehörte;**) vergl. v. Savigny System Bd. II. S. 54., Puchta Pand. §. 433. Nach dieser Ansicht muß man, in Hinsicht auf die im Peculienrecht später eingetretenen Veränderungen, behaupten, daß in Betreff des Adventizguts allerdings eine obligatio zwischen Vater und Sohn stattfinden könne,***) denn dieses erwirbt ja der Sohn sich selbst, und zwar das irregulare vollständig, das regulare der Substanz nach, und nur zur Verwaltung und Nutznießung dem Vater. Allein die Rechtsquellen weisen uns doch wesentlich auf das Verhältniß der väterlichen Gewalt, ohne Unterschied seiner verschiedenen Abstufungen, als den entscheidenden Grund hin, um zwischen dem Vater und Hauskind die Entstehung einer obligatio civilis auszuschließen; s. Gaj. IV. §. 78. 89. nulla omnino inter me et eum, qui in potestate mea est, obligatio nascitur. Id. III. §. 104. inutilis est stipulatio, si ab eo stipuler, qui

---

*) Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. §. 646., Höpfner Instit. §.104., Thibaut System §. 246., Struben rechtl. Bed. Bd. II. no. 68., Glück Thl. II. S. 236.

**) Dadurch ist zugleich erklärt, warum zwischen Geschwistern oder andern Personen, welche sich in der Gewalt desselben paterfamilias befinden, keine obligatio civilis bestehen kann. Da nämlich jede Forderung einer solchen Person augenblicklich dem Vater erworben wird, so könnten diese Personen niemals unter sich, sondern immer nur gegen den Vater Gläubiger oder Schuldner werden, und jede solche obligatio fällt daher aus den obigen Gründen zusammen; v. d. Pfordten a. a. O. S. 141.

***) Vorausgesetzt nämlich, daß das Hauskind entweder schon großjährig oder durch einen Curator gehörig vertreten war, arg. l. 8. §. 1. C. 6. 60. — Nov. 117. c. 1., was h. z. T. auch bezüglich des peculii castrensis nöthig ist; v. d. Pfordten a. a. O. S. 151.

juri meo subjectus est, aut si is a me stipuletur. — l. 16. D. 47. 2. non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsis agere possumus, l. 7. D. 44. 7. — l. 2. D. 18. 1. — §. 4. 6. J. 3. 20. — l. 11. C. 6. 26., und gerade nur da, wo die potestas cessirt, nämlich in Ansehung des castrensischen Guts lassen sie Verbindlichkeiten entstehen. Hält man hiernach als Erforderniß zur Eingehung eines klagbaren Vertrags dieses Moment fest, daß beide Contrahenten unabhängig von einander seyen, so kann man auch in Betreff des regelmäßigen Adventizguts nicht Verbindlichkeiten des Sohnes gegen den Vater giltig entstehen lassen, dessen Gewalt sich nicht blos auf das Vermögen, sondern auch auf Handlungen des Hauskinds erstreckt;*) Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 169., Schilling Lehrb. f. Instit. Bd. III. S. 153. §. 252., Höpfner Instit. §. 104. Anm. 9., Leyser Sp. 21. med. 5., Hommel D. de usu hod. patriae potest. Cap. III. §. 78., Gebr. Overbeck Medit. Bd. III. no. 132., Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. S. 646., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. III. §. 563., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 237. Anm. 2., Thibaut System Bd. I. §. 246. (Ed. 8.), Puchta Pand. §. 430. Schließlich verweisen wir auf unsere Bemerkungen im Bd. I. §. 66. zu Fr. 19. Abweichend von den vorgetragenen Grundsätzen ist das Bayerische Landr. Th. I. Kap. V. §. 2., desgl. eine Kursächsische Decision 14. v. J. 1746., Haubold Sächs. Privatr. §. 90.

Wo vermöge des aus der väterlichen Gewalt entspringenden Hindernisses eine obl. civilis nicht entstehen konnte, darf man auch nicht glauben, daß die desfalls nur mögliche obl. naturalis nach Auflösung des Abhängigkeitsverhältnisses sich in eine klagbare verwandle, sie bleibt vielmehr immer nur eine natürliche Verbindlichkeit; l. 6. C. 4. 14. cf. l. 38. §. 1. 2. D. 12. 6., Unterholzner a. a. O., Thibaut System §. 246. (Ed. 8.), Schweppe a. a. O.

Zu 6) Nach den Gesetzen des Wohnorts der Person, von deren Verpflichtung es sich handelt; Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. II. S. 401.**)

---

*) Ueber den h. z. T. noch stattfindenden Gebrauch der act. quod jussu s. Glück Thl. XIV. S. 428.

**) Wenn gefragt wird: ob Contracte nach den Gesetzen des Orts, wo sie confirmirt sind, oder des Orts, wo sie abgeschlossen wurden, zu beurtheilen seyen, so ist für letzteren zu entscheiden; Martin Jahrb. d. Gesetzgeb. u. Rechtspflege in Sachsen Bd. III. S. 194. Aus obigem Satz folgt auch für Verträge zwischen Juden und Christen, wenn es nicht blos auf die Förmlichkeit der Hand-

Zu 7) Nach dem Sinn der Reichsgesetze, R.=A. v. J. 1551. §. 79. 80., R.=P.=O. v. J. 1577. Tit. 20. §. 4., welcher vorzüglich in einem Ao. 1551. den Juden in Frankfurt vom Kaiser Karl V. ertheilten Privilegium sehr bestimmt erläutert ist, s. Kapff merkw. Rechtssprüche S. 402., sind es nur homines plebeji et rustici, qui in fraudes et laqueos Judaeorum facile incidunt, nicht aber personae illustres, Püttmann Adversar. jur. Lib. III. cap. VI. p. 236., Cramer Wetzlar. Beitr. Th. II. S. 95., Struben rechtl. Bed. Th. III. S. 241., überhaupt nicht Personen von Stand und Rang, sondern nur Personen von der niederen Volksklasse, welche den Mangel gerichtlicher Protocollirung als Grund zur Anfechtung ihrer mit Juden eingegangenen Verträge geltend machen können; Seuffert u. Glück a. a. O. Bd. VII. S. 16. Bd. VIII. S. 112., v. Zu=Rhein Beitr. zur Gesetzgeb. u. prakt. Jurispr. Bd. II. S. 234.

Zu 8) Im Allgemeinen kann dies wohl nicht behauptet werden, wie von Mehreren geschehen ist. Die l. 3. D. 50. 13. erkennt blos einen solchen Vertrag für ungiltig, zu welchem der Arzt seinen Patienten mala fide veranlaßt hat. Außerdem ist blos ein Vertrag, welcher eine Belohnung für ärztliche Behandlung festsetzt, während der Dauer derselben nach l. 9. C. 10. 52. unzulässig; Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 167., Voet Comm. ad Pand. Lib. II. tit. 14. §. 19.

Zu 9) Daß jeder Vertrag zwischen Anwalt und Clienten über eine, wenn auch nicht übermäßige Belohnung des Ersteren ungiltig sey, darf aus l. 6. §. 2. C. de postulando (2. 6.) nicht gefolgert, sondern deren Bestimmung nur auf das pactum de quota litis und das palmarium bezogen werden; v. Bülow Abhandl. Th. I. S. 155. In Ansehung des letzteren wird zwar von Mehreren die Zulässigkeit behauptet, allein die ratio legis ist doch wohl immer dieselbe, ich mag mir nun auf den Fall des Sieges eine Quota oder ein Quantum bedingen. Die Literatur über diese Materie s. Glück Thl. V. §. 370.

---

lung ankommt, sondern auf die vorsorglichen Bestimmungen der Gesetze gegen jüdische Ueberlistung, daß die Beurtheilung nicht nach den Gesetzen des Orts, wo der Vertrag zu Stande kam, sondern nur nach den Gesetzen des Wohnorts und persönlichen Gerichtsstandes des christlichen Contrahenten sich richten müsse; Seuffert u. Glück a. a. O. Bd. IV. S. 119.

§. 238.

c) Gegenstände*): Sachen oder Handlungen.

1) Wenn die eingegangene Verpflichtung eine auf natürlichen oder rechtlichen Gründen beruhende Unmöglichkeit**) enthält, gelangt dann durch späteres Aufhören der Unmöglichkeit der Vertrag doch zur Wirksamkeit?
2) Zieht das Versprechen, einen Andern zu einer Handlung oder Leistung zu bewegen, die Verpflichtung für das Interesse nach sich, wenn jene nicht bewirkt wird?
3) Ist auch die Verbindlichkeit ungiltig, wenn ich Jemandem eine Sache zu verschaffen verspreche, zu deren Erwerbung ich unfähig bin?
4) Ist das Versprechen einer res aliena auch zu den unmöglichen, mithin ungiltigen Verpflichtungen zu zählen?
5) Was ist die Folge, wenn eine alternative Verbindlichkeit eingegangen wurde, deren eines Glied unmöglich ist?
6) Wenn bei Andingung eines Werks eine Zeit stipulirt war, binnen welcher die Fertigung desselben unmöglich zu Stande kommen konnte, ist dann der Vertrag überhaupt ungiltig?
7) Inwiefern können auch ungewisse Sachen Gegenstand der Verträge seyn?
8) Sind Verträge, welche verbietenden Gesetzen entgegen sind, auch dann ungiltig, wenn das Gesetz die Nullität nicht ausdrücklich ausgesprochen hat?

Zu 1) Nach §. 2. J. de inutil. stip. (3. 19.) und vermöge des Grundsatzes: quod ab initio non valet, tractu temporis convalescere nequit, muß diese Frage verneint werden, Koch R. d. Ford. Bd. II. §. 107.; es gilt jedoch, vorausgesetzt, daß nicht Gründe der Schick-

---

*) Vom Veräußerungsverbot der res litigiosa s. oben Kap. III. §. 222. zu Fr. 3. Inwieweit der Verkauf der Früchte auf dem Halme zulässig sey, s. im besondern Theil Kap. IX. Ueber Schließung des Kaufs zu Fr. 5.

**) Zu vergleichen ist Bd. I. §. 39. zu Fr. 6. 7. 9—13. von unmöglichen Bedingungen. — Eine vom Promittenten selbst verschuldete Unmöglichkeit wird natürlich nicht berücksichtigt, l. 35. pr. D. 45. 1., Koch R. d. Ford. Bd. II. §. 107., dagegen eine erst in der Folge eingetretene unverschuldete Unmöglichkeit den Promittenten ebenso, wie die anfänglich schon vorhanden gewesene liberirt; l 83. §. 5. D. 45. 1.

lichkeit die Verpflichtung unzulässig machen, l. 35. §. 1. D. 45. 1., das Versprechen, dessen Erfüllung nach den gegenwärtigen Umständen nicht möglich ist, alsdann, wenn es bedingt — nämlich auf den Fall des Möglichwerdens — ertheilt wird, und es wird bei solchen bedingten Verpflichtungen der Regel nach auf den Zeitpunkt der sich entscheidenden Bedingung gesehen; l. 4. D. 34. 7. — So ist zwar das Versprechen einer nicht existirenden Sache ungiltig, und man darf dasselbe nicht etwa so auslegen, als sey eben der Werth versprochen worden, s. Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 205., wird aber das Versprechen auf den Fall ihres Existentwerdens ertheilt, so ist dasselbe giltig; l. 34. §. 2. D. 18. 1. — cf. l. 8. pr. §. 1. eod. Ebenso ist auch das Versprechen einer Sache, die dem Promissar schon gehört, auch dann, wenn sie später aufgehört hat, ihm zu gehören, ungiltig, l. 72. §. 4. D. 46. 3., Unterholzner a. a. O. S. 207.; doch kann ich mir eine Sache, welche schon mein ist, *conditionatim* stipuliren, auf den von mir gemuthmaßten Fall, daß sie aufhören werde, mein Eigenthum zu seyn; l. 61. D. 18. 1. — l. 31. l. 98. D. 45. 1. Nur auf das Aufhören eines sittlichen oder gesetzlichen Hindernisses zu rechnen und dieses zu bedingen, erklären die Gesetze für unzulässig. Ungiltig bleibt daher das Versprechen einer unschicklichen oder verbotenen Handlung auch dann, wenn durch Veränderung der Umstände die Unzulässigkeit aufgehoben wird, l. 35. §. 1. D. 45. 1., oder wenn eine versprochene Sache, welche nach den Gesetzen extra commercium ist, in der Folge in commercium fällt; l. 83. §. 5. D. 45. 1., Unterholzner a. a. O.

Zu 2) Die römischen Gesetze sagen: factum alienum inutiliter promittitur; §. 3. J. 3. 19. — l. 65. D. 46. 1. — l. 38. pr. l. 83. pr. D. 45. 1. — Ganz natürlich: denn ich kann ja nur über meine eigenen Handlungen Herr seyn. Die gemeine Meinung hält aber dadurch nicht für ausgeschlossen die Verpflichtung, den Andern zu einer gewissen Handlung zu bewegen.*) Da entsteht nun aber die Frage, ob der Promittent beim Nichterfolg dem Promissar zum Interesse gehalten sey? Die Literatur über diese Streitfrage s. Glück Thl. IV. S. 209., Höpfner Instit. §. 737. Anm. 4., vorzüglich Hert D. de obligatione alium daturum facturumve Sect. I. §. 5 ff., Gesterding a. u. n. Rechtsirrthümer Bd. XI. S. 393. über die promissio facti alieni. Man wird wohl weder denjenigen beistimmen können, welche den promissor facti alieni allemal zur Prästation

*) So auch das Preußische allgem. Landr. Th. I. Tit. V. §. 45.

des Interesse verbunden erachten, wie Cujac. ad l. 38. pr. D. de V. O., Bardili D. de faciendi obligatione §. 82., Leyser Sp. 521. med. 10. Pufendorf Animadvers. LXI. §. 4., noch denen, welche den Promittenten niemals zur Leistung des Interesse für verbunden, sondern das Versprechen für ungiltig halten, oder ihm, wie Thibaut System §. 461. außer dem Fall, wo seine subsidiäre Verbindlichkeit schon in der Natur des Geschäfts liegt, nie einen anderen Sinn als der bestmöglichen Bemühung ohne eine Verbindlichkeit für den Erfolg unterstellen.*) Nach der gemeinen Meinung unterscheidet man, ob der Promittent blos versprochen hat, dafür zu sorgen, daß der Dritte etwas thue, oder: zu bewirken, daß er es thue; §. 3. J. 3. 19. Nur im zweiten Fall muß er für den Erfolg einstehen; si quis effecturum se, ut Titius daret, spoponderit, *obligatur*. Ist er aber ad efficiendum verbunden, so ist er auch schuldig, das Interesse zu leisten, wenn er nichts bewirkt. Die aufgestellte Frage ist demnach nur eine quaestio facti; multum inter haec duo interest, curabo ut Titius tibi solvat, et efficiam, ut Titius tibi solvat; Glück a. a. O., Höpfner a. a. O., Stryck Us. mod. Pand. Lib. XLV. tit. 1. §. 2., Leyser Sp. 521. med. 10., Koch a. a. O. §. 108. Zuweilen bringt es jedoch schon die Natur der Sache mit sich, daß bei dem Versprechen nichts Anderes beabsichtigt seyn konnte, als daß der Promittent für den wirklichen Erfolg einstehen müsse. Solche Fälle, wo nämlich die Natur des Geschäfts es nothwendig mit sich bringt, daß es ohne einen bestimmten Erfolg gar nicht gedacht werden kann, z. B. das Versprechen, einen Bürgen zu stellen, die Stipulation ratam rem dominum habiturum, oder daß ein Anderer sich vor Gericht stellen werde, finden sich verschiedentlich in den Gesetzen angeführt; l. 5. D. 45. 2. — l. 14. §. 2. D. 13. 5. — l. 38. §. 24. l. 81. pr. l. 112. §. 1. D. 45. 1. — l. 13. l. 18. l. 19. D. 46. 8., vgl. Bd. I. §. 38. zu Fr. 19 b., Glück Thl. IV. S. 206.

Zu 3) Die l. 34. D. 45. 1. entscheidet für die Verbindlichkeit des Promittenten, welcher demnach dem Promissar das Interesse zu prästiren hat.

Zu 4) Selbst dann, wenn der Eigenthümer sich zur Veräußerung seiner Sache nicht entschließt, ist der Verpflichtete doch verbunden,

---

*) Auch der von Einigen, s. Hert l. c., gemachte Unterschied, ob das Versprechen gegen Entgelt oder unentgeltlich gegeben wurde, kann nicht als entscheidend angesehen werden, vielmehr gilt ohne Unterschied der Grundsatz: promissio facti alieni ist für den Promittenten nur insoweit verbindend, als darin eine promissio facti proprii enthalten ist; Oesterding a. a. O.

Ersatz zu leisten; würde aber der Eigenthümer die Sache nur zu einem übermäßigen Preis ablassen wollen, so braucht der Promittent nur den Schätzungswerth zu prästiren; l. 71. §. 3. D. de legat I. (30.)

Zu 5) Es ist dann ebensoviel, als wenn die mögliche Verbindlichkeit pure eingegangen wäre; l. 97. pr. l. 126. §. 3. D. 45. 1.

Zu 6) Der Regel nach ist es zwar ungiltig, wenn etwas Unmögliches stipulirt wird; hier wird aber die Sache, welche an sich möglich ist, von der Zeitbestimmung, welche allein von der Unmöglichkeit betroffen wird, getrennt, und die Entscheidung in l. 58. §. 1. D. 19. 2. dahin gefällt: die Verbindlichkeit sey insofern eingegangen zu verstehen, als ein rechtlicher Mann den Zeitraum schätzt; quia id actum apparet esse, ut eo spatio absolveretur, sine quo fieri non possit. Der Vertrag ist also giltig, die Zeitbestimmung unschädlich; Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 207.*)

Zu 7) Eine solche Unbestimmtheit, wobei das Ungewisse nicht der Willkür der Contrahenten überlassen ist, schadet der Giltigkeit des Vertrags nicht, z. B. emtio spei und rei speratae; l. 8. pr. §. 1. D. 18. 1. — l. 7. l. 11. D. 18. 4. — l. 11. in f. l. 12. D. 19. 1. Dagegen sind Verträge ungiltig, deren Gegenstand sich gar nicht bestimmen läßt, oder wenn die Bestimmung da, wo sie möglich ist, nicht wenigstens auf das arbitrium eines Dritten ausgestellt ist, sonach blos der Willkür des Promittenten überlassen bliebe; l. 94. 95. l. 108. l. 115. pr. D. 45. 1.**)

Ist eine Ungewißheit selbst Hauptgegenstand des Vertrags, so daß wesentlich der nach Gestalt der Umstände eintretende Gewinn oder Verlust beabsichtet wird, und den materiellen Gegenstand des Vertrags ausmacht (Spiel, Wette), so ist nach R. R. der Vertrag nicht klagbar, und das gleichwohl Bezahlte kann 50 Jahre lang zu-

*) Die Gesetze unterscheiden demnach, wenn in der Zeitbestimmung eine Unmöglichkeit liegt, zweierlei Fälle: a) wenn die Zeitbestimmung für eine Handlung von solcher Art ist, daß dabei eine Möglichkeit der Handlung vernünftigerweise gar nicht gedacht werden kann; s. z. B. §. 5. J. 3. 16. — l. 46. §. 1. D. 45. 1. — l. 51. D. 7. 1. — l. 5. D. 33. 2. — l. 4. §. 1. D. 40. 7. — l. 17. pr. l. 61. pr. D. 40. 4. — l. 107. §. 1. D. de leg. I. (30.) Da muß man die Verbindlichkeit als nicht ernstlich gemeint, mithin als nichtig ansehen; b) wenn eine Zeitberechnung für ein einen Zeitverlauf erforderndes Werk zu enge gegriffen war, da muß die Verbindlichkeit allerdings gelten, und nur die Frage über das Interesse, wegen Nichteinhaltung der Zeit, unterliegt sachkundiger Beurtheilung der Möglichkeit; s. Sintenis Civilr. Bd. II. §. 83. Anm. 13.

**) Vgl. hierüber Kap. I. §. 208.

rückgefordert werden; l. 1. l. 3. C. 3. 43. H. z. T. bestimmen die Landesordnungen, inwieweit das Spiel erlaubt ist, oder nicht. Die verschiedenen Meinungen darüber, ob h. z. T. die Vorschriften des R. R. über das Spiel noch gelten, s. Glück Thl. XI. §. 759., Mühlenbruch Lehrb. Bd. II. §. 424. u. 425., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 110., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 297—300. Ausspielgeschäfte und Assecuranzverträge stehen h. z. T. unter landespolizeilicher Autorisation und Aufsicht. Mehreres s. Kap. XVII. d. besonderen Theils.

Zu 8) Die Regel pacta dant legem contractui, l. 23. l. 27. D. 50. 17., ist durch die in l. 38. D. 2. 14. aufgestellte Regel: jus publicum privatorum pactis mutari non potest dahin limitirt, daß sie nur von solchen Verträgen gelten kann, welche nicht unbedingt gebietenden oder verbietenden Gesetzen entgegenlaufen. Solche Gesetze bewirken aber die Nichtigkeit einer entgegengesetzten Handlung, l. 7. §. 16. D. 2. 14., ohne Unterschied, ob die Nullität besonders angeordnet ist oder nicht; l. 5. C. 1. 14., v. Savigny System Bd. IV. S. 203., Erk. d. O.-A.-G. in Lübeck in Seuffert's Archiv Bd. II. S. 205. Es gibt indeß verbietende Gesetze, welche blos finanzieller Natur sind. Z. B. in Bayern ist das Spiel in auswärtigen Lotterien verboten, während im Lande selbst ein dergleichen Institut von Seite des Staats besteht. Dieses Gesetz kann demnach nicht als ein sittenpolizeiliches, sondern als ein rein finanzielles Gesetz betrachtet werden, nämlich um den Ertrag des einheimischen Lotto gegen die Concurrenz auswärtiger Lotterien zu schützen. Nun setzen A. und B. gemeinschaftlich in eine auswärtige Lotterie, und gewinnen 40,000 Fl. A. als Inhaber des Looses bezieht den Gewinn, verweigert aber nun dem B. seinen halbscheidigen Antheil an demselben, behält vielmehr denselben, indem das Gesetz ihn nicht mit Confiscation bedroht hat. Die beiden ersten Instanzen sprechen ihn auch wirklich von der Klage los, weil ein Vertrag über Theilung des aus einer verbotenen Handlung zu erzielenden Vortheils kein Klagrecht gewähre; l. 57. D. 17. 2. — l. 70. in f. D. 46. 1. Das Erkenntniß letzter Instanz entschied aber in Rücksicht auf die vorbemerkte eigenthümliche Natur des verletzten Gesetzes zum Besten des Klägers. Das Geschäft ist von dem Gesetz nicht eigentlich annullirt, sondern nur mit einer Geldbuße zur Entschädigung des Fiscus belegt. Das Object des Spiels läßt das Gesetz ganz unberührt, indem es dasselbe nicht der Confiscation unterwirft; der Spielgewinn liegt daher schon außer den Grenzen des Gesetzes, indem derselbe in das unbeschränkte Eigenthum des Ge=

winners und folgerecht auch der mehreren gemeinschaftlichen Gewinner fällt, wonach von gleichberechtigten keiner den andern ausschließen darf, vielmehr, indem er sich eine fremde Sache anmaßt, der condictio ex injusta causa nach l. 6. D. 12. 5. unterläge. Der Rechtssatz der l. 3. u. 8. D. 12. 5. — l. 2. C. 4. 7. in pari causa melior est ratio possidentis würde nur dann in Betracht kommen, wenn die Lotteriedirection die Auszahlung des Gewinns verweigern würde. Zudem ist ja hier A. nicht im Besitz, sondern hatte nur die Verwahrung des Looses; Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XV. S. 40.

§. 239.

d) Erfordernisse eines Vertrags rücksichtlich der Willensbestimmung.

α) Irrthum.*)

Dig. XXII. 6. Cod. I. 18. de juris et facti ignorantia.

Um über den Einfluß des Irrthums auf Verträge eine richtige Ansicht zu gewinnen, muß man vor Allem die Meinung fernhalten, als gäbe der Irrthum einen Rechtsgrund ab, um einen Vertrag anzufechten,**) denn damit wäre allem Verkehr der Stab gebrochen.

*) Vgl. Bd I. §. 37. zu Fr. 13—25. Zur Literatur über diese Materie ist außer den in v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 604. angeführten Schriften zu bemerken: die in Kritz Samml. v. Rechtsfällen Bd. IV. S. 345. befindliche Kritik der in v. Savigny's System aufgestellten Lehre, und die von Sintenis Civilr. Bd. II. §. 98. Anm. 37. gegen Christiansen Zur Lehre v. d. natural. oblig. S. 39. 41. u. 64. gerichtete Vertheidigung der Ansichten v. Savigny's über den der condict. indeb. zum Grund liegenden Irrth., Herrmann v. d. Wirkungen des Irrth., Wetzlar 1811.; s. auch Löhr Magazin Bd. IV. no. 4. und Linde's Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. n. F. Bd. III. S. 198.

**) Ausnahmen hiervon machen nur die ädilicischen Klagen in Ansehung der heimlichen Fehler und der ausdrücklich versprochenen Eigenschaften, dann die condictiones bezüglich der juristischen causa; v. Savigny Syst. Bd. III. S. 358. §. 11. Wo außerdem der Irrthum eine Veranlassung gibt, einen Vertrag in Contestation ziehen zu wollen, wird natürlich immer vorausgesetzt, daß der Irrende einen Schaden dadurch erlitten habe, daher alle Contestation wegfällt, wenn ihm aus dem Irrthum ebensoviel Vortheil als Nachtheil erwachsen ist, l. 42. D. 19. 1., und ebenso, wenn der Käufer den einer verkauften

Die Entstehung eines Vertrags kann, da dieser ohne consensus nicht möglich ist, allerdings zwar durch den aus dem Irrthum entspringenden Defect des Consenses verhindert werden, da aber gewisse in den Gesetzen uns begegnende philosophische Reflexionen über die Natur des Irrthums im Allgemeinen, z. B. nulla voluntas errantis, nullus consensus errantis est, l. 2. pr. D. 5. 1. — l. 15. D. 2. 1. — l. 20. D. 39. 3. — l. 116. §. 2. D. 50. 17. — l. 8. l. 9. C. 1. 18., in der Anwendung auf einzelne Rechtsverhältnisse immer erst eine Untersuchung der besonderen Beziehung, in welcher irgend ein Irrthum zu dem vorliegenden Rechtsgeschäft steht, übrig lassen, so fragt sich zunächst, was für ein mit dem Irrthum verbundener Defect am Consense die Entstehung eines Vertrags unmöglich, mithin diesen nichtig macht?

I. Da ist es nun von vornherein begreiflich, daß es ohne allen Einfluß auf ein Rechtsgeschäft ist, wenn nur im Namen geirrt wurde, während im Gegenstand Uebereinstimmung vorhanden war; l. 9. §. 1. D. 18. 1. — l. 32. D. 45. 1. — l. 80. D. 5. 1. Ebensowenig kann ein Irrthum in den Beweggründen verhindernd auf den Vertrag wirken, denn in re et negotio ist ja doch consensus vorhanden, wenn auch die Contrahenten einen verschiedenen animum in mente retentum hatten; l. 3. §. 7. D. 12. 4. — l. 52. l. 65. §. 2. D. 12. 6. — l. 49. D. 17. 1. Dem ist l. 35. D. 41. 1. nicht entgegen, indem darin nicht von einem Irrthum in den Beweggründen, sondern im Object der Tradition die Rede ist; Thibaut Versuche Bd. II. S. 118. Wohl aber muß der Fall unterschieden werden, wenn ich nicht aus blos willkürlichen Motiven, sondern in der irrigen Voraussetzung einer juristischen causa

---

Sache anklebenden, dem Verkäufer unbekannt gebliebenen Schaden kannte, denn so hat er sie ja gewollt, und kann sich nicht darüber beklagen, die Sache gerade so zu bekommen, wie sie eben war; l. 57. §. 2. D. 18. 1. Theilweiser Schade kann eben deshalb auch nur in tantum Anspruch auf Entschädigung bewirken; l. 4. §. 1. l. 38. pr. l. 42. D. 19. 1. — l. 69. §. 6. D. 21. 2. — l. 18. §. 3. D. 4. 3. — l. 40. §. 2. D. 18. 1. — l. 10. l. 11. §. 1. l. 14. l. 45. D. 18. 1. — l. 21. §. 2. l. 42. i. f. D. 19. 1., Glück Thl. XVI. S. 87. Besonders bezeichnend ist der Unterschied zwischen Totalität und Partialität des Schadens, gänzlicher Aufhebung oder Verringerung des Werths dargestellt in l. 57. pr. §. 1. D. 18. 1. Für einen nur theilweisen Schaden kann man es nicht ansehen, wenn von mehreren als zusammengehörig verkauften Sachen, z. B. von einem Viergespann ein Stück zu Grunde gegangen ist; l. 44. D. 18. 1. — l. 34. 35. 36. 38. §. 13. 14. D. 21. 2.

etwas gegeben oder mich zu etwas verpflichtet habe, denn wenn die geglaubte rechtliche Verbindlichkeit gar nicht existirt hat, so steht mir sowohl eine Klage auf Befreiung oder auf Rückgabe des Geleisteten, als auch eine Einrede (exc. doli) zu; §. 1. J. 4. 13. — l. 20. D. 14. 6. — l. 5. §. 1. D. 19. 1. — l. 7. l. 17. pr. D. 44. 4. — l. 1. §. 1. D. 12. 6. — l. 3. D. 12. 7. — l. 6. C. 1. 18. — l. un. C. 2. 5.

II. Nothwendig muß aber der Irrthum Einfluß auf das Zustandekommen eines Vertrags haben, wenn er auf Mißverstand und Verwechselung beruht, so daß jeder der Contrahenten etwas ganz Anderes im Sinne hat, z. B.

a) einen ganz anderen Vertrag. Da kann, wenn z. B. der Geber die Intention zu schenken hat, der Empfänger aber das Gegebene in der Meinung eines Darlehns annimmt, weder der eine noch der andere Vertrag als zur Wirklichkeit gediehen angesehen werden; l. 18. D. 12. 1. — l. 9. pr. D. 18. 1. — l. 3. §. 1. D. 44. 7. Die Wirkungen der wirklichen Handlung bleiben übrigens dann ungehindert bestehen, wenn die verschiedenen Intentionen wenigstens in dieser zusammentreffen. So bewirkt die zu dem eben bemerkten Geschäft hinzugekommene Tradition allerdings den Eigenthumsübergang, weil dieser aus der einen wie aus der andern Intention erfolgen sollte, l. 36. D. 41. 1., Glück Thl. IV. S. 152. Anm. 99. Thl. VIII. S. 121., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 311. Anm. 3., und der Geber kann das gegebene Geld, wenn es consumirt ist, nicht zurückverlangen, weil ja auch seine Absicht auf den Verbrauch desselben gegangen ist. Aus demselben Grund muß auch bei Verschiedenheit der Intentionen diejenige Wirkung der wirklichen Handlung, auf welche beide am Ende hinauslaufen, bestehen bleiben. Also: wenn ich in der Meinung, von dir beauftragt zu seyn, deine Geschäfte besorgt habe, so besteht die act. neg. gest., während die Mandatsklage wegfällt; — so auch, wenn ich mich, in dem Glauben von dir den Auftrag dazu bekommen zu haben, für dich verbürgt habe, besteht die Bürgschaftsklage, wenngleich nicht die Mandatsklage, und wenn ich in der Meinung, es seyen die Geschäfte des Titius, die des Sempronius besorgt habe, so ist mir gleichwohl Sempronius allein aus der Geschäftsführungsklage haftbar; l. 4. l. 5. D. 3. 5.

b) hat jeder der Contrahenten einen anderen Gegenstand im Sinn, so muß der Vertrag nothwendig der Nullität unterliegen, l. 57, D. 44. 7. — l. 9. D. 18. 1. — l. 83. §. 1. l. 137. §. 1. D. 45. 1. — l. 10. C. 8. 54. — §. 23. J. 3. 19., und selbst die erfolgte Tradition wird durch einen solchen Irrthum wirkungslos; l. 34. pr. D. 41. 2. — l. 2. §. 6. D. 41. 4.

c) wenn Jeder eine andere Quantität meint, so muß man wohl auch als Regel annehmen, daß der Vertrag wegen mangelnden consensus nicht bestehen könne, und so entscheidet auch §. 5. J. 3. 19.; indessen können sich die Fälle hier so gestalten, daß die vorhin in Anm. ** bemerklich gemachte allgemeine Voraussetzung fehlt, nämlich daß durch den Irrthum kein Interesse leidet. Wenn z. B. der Verpachter eines Grundstücks nur 10 Thlr. Pachtgeld verlangte, während ich meinte, er habe es auf 20 Thlr. gehalten, so hindert nichts, daß die 10 Thlr. bestehen bleiben, obgleich im umgekehrten Fall, wenn der Verpachter das Grundstück nur für 20 Thlr. hinlassen wollte, ich es aber für 10 Thlr. zu bekommen gemeint hatte, nichts gethan ist; l. 52. D. 19. 2. cf. l. 1. §. 4. D. 45. 1. — l. 9. pr. D. 18. 1. Im zweiten Fall ist nämlich gar kein consensus, während er im ersten Fall doch bis auf 10 Thlr. besteht; Titius jus priv. Rom. Germ. Lib. IV. cap. 2. §. 34., Thibaut Vers. Bd. II. S. 111., Schilling Lehrb. f. Instit. Bd. III. S. 167. — Dergleichen Mißverständnisse mögen im Leben wohl selten vorkommen, wir wenden uns daher

III. zu den mehr dem Leben entnommenen Fällen des Irrthums, wo jeder Contrahent zwar den Willen des Andern wohl begriffen hat, aber der Wille, und zwar auf einer oder der anderen Seite oder auf beiden Seiten unbewußt, auf ein nicht Seyendes gerichtet ist, insbesondere

A) error in objecto, wenn nämlich der Gegenstand des Vertrags als existirend nur irrig geglaubt wird, oder gar kein Gegenstand eines Vertrags seyn konnte. Wußte dies der Käufer allein, so ist zwar der Verkäufer in keiner Verbindlichkeit, aber auch in keinem Recht, ein Kaufgeld zu fordern; l. 34. §. 3. D. 18. 1. — Wußten es Beide, so compensirt sich die Arglist gegenseitig; wußten es Beide nicht, so ist das Geschäft ungiltig; l. 57. §. 1—3. l. 58. D. 18. 1.

B) error in substantia. Aus den mehrfachen Entscheidungen der römischen Casuistik s. l. 9. §. 2. l. 10. l. 11. §. 1. l. 14. l. 45. l. 41. §. 1. D. 18. 1. — l. 21. §. 2. D. 19. 1., wurde von älteren Rechtsgelehrten der Unterschied zwischen error in substantia und error in bonitate als entscheidendes Moment zwischen wesentlichem und außerwesentlichem Irrthum abgeleitet, von den Neueren aber nach v. Savigny System Bd. III. S. 283., v. Vangerow a. a. O., Puchta Pand. §. 65. wird mit besserem Grund angenommen, daß der Irrthum über den Stoff, oder die Qualität der Sache nur dann von der Art ist, daß er den zum Geschäft erforderlichen Willen des Handelnden ausschließt, wenn der Irrthum über die Eigenschaft nach der ihr im Verkehr zukommenden Bedeutung dem Irrthum über die Identität gleichsteht. Vergl. l. 9. §. 2. l. 41. §. 1. l. 45. §. 1. D. 18. 1. — l. 21. §. 2. D. 19. 1., und über die letzteren Stellen v. Savigny System Bd. III. S. 276 u. 286., v. Vangerow a. a. O. §. 604. S. 281. der 6. Aufl. Z. B. wenn ich in der Meinung, einen massiv silbernen Tisch zu kaufen, einen plattirten bekommen habe, so ist der Vertrag nichtig. Außerdem kann Irrthum über Qualitäten der Sache den Vertrag nicht vernichten, und müßten daher, um ihn anzufechten, andere Gründe obwalten, z. B. wegen ausdrücklich versprochener Eigenschaften oder heimlicher Mängel, wegen Betrug oder Verletzung über die Hälfte, welche zur Rescission des Handels oder zu einer Entschädigung berechtigen könnten. Ohne allen Einfluß ist der Irrthum eines Käufers, welcher ein Gefäß von gemischtem Metall gekauft, und sich in der Quantität des dabei befindlichen edlen Metalls geirrt hat, l. 10. l. 14. D. 18. 1. Ueber Irrthum bei Schließung der Ehe s. Bd. I. §. 53. Fr. 12. — Allemal hebt

C) error in corpore oder über die Identität des Objects den Begriff des Consenses auf, wenn nämlich jeder der Contrahenten ein anderes Object im Sinn hat. Hier ist also der Vertrag nichtig, l. 57. D. 44. 7. — l. 9. D. 18. 1. — l. 83. §. 1. l. 137. §. 1. D. 45. 1. — l. 10. C. 8. 54. — §. 23. J. 3. 19.; nur wenn der Irrthum eine bloße Accession betraf, soll das Geschäft bestehen, und diejenige Nebensache geleistet werden, welche der Promittent im Sinne hatte, l. 34. pr. D. 18. 1.

D) Error in quantitate kann, wenn nicht anders im Bausch und Bogen gehandelt, oder als über ein Ganzes und nicht nach einzelnen Theilen oder Stücken contrahirt wurde, nur Ausgleichung auf das Richtige zur Folge haben, l. 34. pr. l. 40. §. 2. l. 57. D. 18. 1. — l. 138. §. 1. D. 45. 1. — l. 18. §. 3. D. 4. 3. — l. 69. §. 6. D. 21. 2. — l. 26. §. 4—6. D. 12. 6. Mehreres hierüber s. im Kap. vom Kauf und Verkauf.

E) Error in dominio, oder Irrthum über das Rechtsverhältniß der Contrahenten zur Sache hindert die Giltigkeit des Geschäfts nicht, insoweit man eine fremde Sache verkaufen kann, l. 28. l. 34. §. 3. D. 18. 1., oder an seiner eigenen noch Rechte, welche einem Andern darauf zustehen, erwerben kann; l. 16. §. 1. l. 17. D. 18. 1. Glaubt der Promittent einen Vertrag über eine fremde Sache abzuschließen, während sie seine eigene ist, so bleibt er ungeachtet seines Irrthums dem Käufer verbunden, l. 49. D. 17. 1. Ueber zwei nur scheinbar entgegenstehende Stellen, l. 35. D. 41. 1. u. l. 3. §. 8. D. 12. 4., s. vorzüglich v. Vangerow a. a. O. S. 288. d. 6. Aufl., Thibaut a. a. O. S. 118., Glück Thl. VIII. S. 112. Anm. 9., v. Savigny a. a. O. S. 355. Anm. b.

F) Der Irrthum in Ansehung der Person des andern Contrahenten kann zuweilen ohne allen Einfluß auf das Interesse des Irrenden und daher seiner durch dasselbe geleiteten Willensbestimmung ganz unschädlich seyn. Entgegengesetzten Falles aber unterscheidet man: der Irrthum kann entweder die Identität der Person betreffen, und dann ist der Regel nach das Geschäft nichtig, l. 32. D. 12. 1. — l. 9. pr. D. 28. 5. — l. 53. §. 21. l. 68. §. 4. D. 47. 2., oder die Eigenschaften der Person, dann kommt es darauf an, ob dieser Irrthum mit dem error in objecto in Eins zusammenfällt, mithin den consensus in re et negotio verhindert, wie besonders bei Verträgen der Fall ist, welche gewisse Leistungen zum Gegenstand haben, z. B. ein Mädchen heirathet einen impotens; überhaupt wenn die aus Irrthum gewählte Person zu diesen Leistungen gar nicht fähig ist, s. Puchta Vorlesungen Bd. I. S. 137., nicht aber, wenn deren Leistungen nur weniger gut sind; v. Vangerow a. a. O., Sintenis Civilr. Bd. I. S. 198. Anm. 29.

β) Betrug und Zwang.

Dig. IV. 3. und Cod. II. 21. de dolo malo. Dig. IV. 2. quod metus causa. Cod. II. 20. de his, quae vi metusve causa etc.

Den Bemerkungen im Bd. I. §. 37. zu Fr. 8 – 11. ist beizufügen: die ältere Lehre, daß dolus causam dans den Vertrag nichtig mache, dolus incidens aber nur Anspruch auf Entschädigung gewähre, wird von den meisten neueren Gelehrten dahin berichtigt, daß nicht eigentlich Nullität des Geschäfts die Folge eines doli sey,*) sondern der Betrogene überall nur fordern könne, schadlos**) gestellt zu werden, was in dem einen Fall, wenn ohne den Betrug das Geschäft gar nicht abgeschlossen worden wäre (welcher Fall wohl gewöhnlich unter dem dolus causam dans verstanden wurde), nothwendig die Rescission des Vertrags durch die Contractsklage herbeiführen muß, l. 11. §. 5. D. 19. 1., in dem anderen Fall aber (des dolus incidens) wenn der Betrug nur Modalitäten des Geschäfts betrifft, nur insoweit zur Entschädigung berechtigt, l. 13. §. 4. D. 19. 1. Si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, puta de artificio mentitus est, aut de peculio, emti eum judicio teneri, ut praestaret emtori, quanto pluris servum emisset, si ita peculiatus esset, vel eo artificio instructus. Umfängliche Erörterung hierüber s. vorzüglich v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 605. und die dort angeführte Literatur. Es hängt damit zusammen, daß, wenn beide Contrahenten sich gegenseitig eines dolus schuldig gemacht haben, Keiner gegen den andern klagen kann, l. 3. §. 3. D. 2. 10. — l. 34. §. 3. l. 57. §. 3. D. 18. 1. — l. 36. D. 4. 3. — l. 4. §. 13. D. 44. 4. — l. 154. D. 50. 17. — Geht der Betrug von einem Dritten aus, so kommt unter den Contrahenten nur der dadurch verursachte wesentliche Irrthum in Betracht, und

---

*) S. im besondern Theil Kap. IX. vom Kaufvertrag Fr. 18. Ausnahmsweise wird in manchen Fällen der durch Furcht und Zwang bewirkte Vertrag schon von Rechtswegen null und nichtig, insbesondere das erzwungene Versprechen einer dos, l. 21. §. 3. D. 4. 2., und das Versprechen eines Solchen, den Jemand, um ihm etwas abzupressen, in das Gefängniß geworfen hat; l. 22. eod. — Paul. I. 7. §. 10.

**) Gleichwie zur Begründung der exc. quod metus causa nicht jede eitle Furcht und nichtige Besorgniß hinreicht, so kann auch der durch dolus erzeugte Irrthum nicht beachtet werden, wenn er in keinem vernünftigen Causalzusammenhange mit der Handlung steht, nämlich nicht von der Art ist, daß ein vernünftig besonnener Mensch einen zureichenden Beweggrund zur Eingehung des Geschäfts darin finden konnte; Hufnagel Mittheilungen S. 256.

wenn dadurch allein der Schade nicht aufgehoben wird, so bleibt noch gegen den Betrüger die act. doli übrig, l. 7. pr. D. 4. 3.; ist aber nur ein außerwesentlicher Irrthum dadurch erzeugt worden, so wird dadurch nicht, wie Leyser Sp. 59. med. 4. u. Sp. 269. med. 9. annimmt, der Contract ungiltig, und der Betrogene kann auch nicht einmal, wie Glück Thl. IV. S. 135. dafürhält, gegen seinen Mitcontrahenten Restitution verlangen, sondern der Betrogene kann nur gegen den Betrüger actionem doli anstellen, l. 8. D. 4. 3. — l. 2. D. 50. 14., soweit nicht ausnahmsweise die Umstände so sind, daß der Schade durch eine Contractsklage gegen den Andern gehoben wird; l. 18. §. 3. D. 4. 3. — l. 3. §. 2. u. 3. D. 11. 6., Koch R. d. Ford. Bd. II. §. 76.

Der Beweis des dolus kann auch durch dringende Indicien geführt werden, l. 6. C. 2. 21., dolum ex indiciis perspicuis probari, convenit. Der R.-A. v. 1594. §. 69. nimmt sogar bei dem schweren Verbrechen des Landfriedensbruchs den Beweis des dolus ex circumstantiis, perspicuis indiciis seu evidentia facti für hinreichend an. Dahin ist listige Ablehnung der verlangten Einsicht von Urkunden und Rechnungen, s. l. 8. pr. D. 2. 13. — l. 43. D. 18. 1., zu zählen.

Was Furcht und Zwang anbetrifft, so kommen dieselben Grundsätze in Anwendung, nur mit dem Unterschied, daß die Rechtsmittel wegen metus auch gegen Dritte stattfinden, daher der Dritte, wenn er den Zwang zu dem Endzweck zugefügt hat, um die Eingehung eines Vertrags zu bewirken, welcher freilich nicht geschlossen worden seyn würde, ebenso verbunden ist, wie der Contrahent selbst, wenn er den Zwang zugefügt hätte, und zwar ohne den von Glück Thl. IV. S. 480. noch angenommenen Unterschied, ob der Contrahent von der Handlung des Dritten Kenntniß hatte, oder nicht; Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 79. §. 38. u. 39., v. Vangerow a. a. O. §. 605., Schilling Lehrb. f. Instit. Bd. III. §. 253.

γ) Simulation.

Darüber ist Bd. I. §. 37. zu Fr. 12. zu vergleichen, und nur noch etwas über die Normirung des Beweises beizufügen. Der Beweissatz darf nämlich nicht auf einen Rechtsbegriff, nicht auf Simulation, Scheinvertrag, Betrug, oder daß es mit dem Vertrag nicht ernstlich gemeint gewesen sey, also nicht auf die innere Gesinnung,

sondern nur auf eine Thatsache gerichtet werden, welche dem Ernstlichgemeintseyn des Vertrags direct entgegensteht, und aus welcher durch Reflexion nothwendig das Gegentheil des Ernstes der Willensäußerung, d. i. der Schein des Rechtsgeschäfts sich ergibt. Z. B. ein bedrängter Schuldner läßt, um den Auspfändungen zu entgehen, bei Gericht einen Vertrag protocolliren, worin er Jemandem, der nicht sein Gläubiger ist, ihn als solchen fingirend, seine gesammte Mobiliarschaft für die fingirte Darlehnssumme käuflich überläßt, mit dem Beding des ihm vor der Hand noch verbleibenden Besitzes und der Benutzung. Dieses Scheingeschäft benutzte nun aber der Andere betrüglicher Weise, indem er seine angebliche Forderung und Ansprüche an den Mobilien einem Juden cedirte, welcher nun klagbar auftrat. Der Beklagte mußte die sofort von ihm erhobene Einrede der Simulation beweisen. Da nun das Protocoll als öffentliche Urkunde den Beweis der absoluten Unrichtigkeit ausschließt, c. 10. X. de fide instr. (2. 22.), eine Verfälschung desselben auch nicht behauptet werden konnte, mithin blos der Beweis von Thatsachen, welche über dessen Inhalt hinausgehen, zuläßig seyn konnte (v. Langenn u. Kori prakt. Rechtsfr. Thl. I. S. 100., Linde Lehrb. §. 84. Anm. 10.), so mußte die Beweisauflage dahin gehen: daß die erwähnte Verabredung zwischen ihm und dem Cedenten des Juden zum Zweck der Sicherung seiner (des Beklagten) Mobiliarschaft gegen executorisches Andringen der Gläubiger getroffen worden sey; denn die Thatsache der besagten Verabredung und die hierauf erfolgte Protocollirung des Vertrags bilden das Substrat des Scheingeschäfts, und dieses hat der Beklagte zu beweisen; Borst v. d. Beweislast S. 159. Einen ähnlichen Fall s. Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. VIII. S. 159.*)

*) Häufig werden Verpfändungen unter dem Schein eines Kaufs oder eines Kaufs auf Wiederkauf versteckt. Man kann aber einem solchen Geschäft die Giltigkeit nicht absolut absprechen. Ist es wirklich simulirt, so kann es immer noch als Pfandvertrag — dessen rechtliche Erforderniße vorausgesetzt — nach der Regel plus valet quod agitur, quam quod simulate concipitur gelten, l. 3. C. 4. 22. War aber der Verkauf an einen Gläubiger — wenngleich der Zweck eigentlich nur auf Sicherstellung desselben gerichtet war — doch als solcher ernstlich gemeint, so muß er auch als solcher gelten, indem er da der Gebung an Zahlungsstatt ganz gleich steht; l. 4. C. 8. 45. — l. 44. D. 46. 3., Cocceji jus controv. Lib. XVIII. tit. 1. qu. 52., Erk. d. O.-A.-G. in Dresden im Wochenbl. f. Rechtsf. 1851. S. 46. Die Gesetze bieten viele Beispiele von Geschäften dar, welche nur durch Einkleidung in eine entlehnte Form wirksam werden konnten; l. 66. D. 23. 3. — l. 27. D. 16. 3., Funke Beitr. zur Erörter. prakt. Rechtsmaterien no. 5. Freilich dürfen keine besonderen An-

§. 240.

e) Form.

1) Hat die Nichtbeobachtung vorgeschriebener Förmlichkeiten immer die Nichtigkeit des Geschäfts zur Folge? insbesondere
2) auch wenn dasselbe einer- oder andererseits, oder beiderseits schon vollzogen ist?
3) [Entspricht die Niederschrift der Depeschen bei telegraphischem Abschluß des Vertrags dem Erforderniß der Schriftlichkeit desselben?]

Zu 1) Wo nicht das Gesetz ausdrücklich die Nichtigkeit als Folge der Unterlassung einer von demselben vorgeschriebenen Förmlichkeit bestimmt, kann Nichtigkeit nur insofern eintreten, als die Form nicht blos zum Beweis des Geschäfts — welcher ja auch auf andere Weise ersetzt werden kann — sondern zur Giltigkeit des Geschäfts gefordert ist. Auch wird deshalb der Unterschied zu beachten seyn, ob das Gesetz, welches z. B. schriftliche Abfassung oder gerichtliche Protocollirung erfordert, als ein Rechtsgesetz, oder etwa blos in fiscalischen Beziehungen, als ein Finanzgesetz promulgirt ist, welchem ja auch wohl nachträglich Genüge geleistet werden kann; Arnold prakt. Erörter. H. I. S. 803. Sind mehrere Geschäfte in Eine Verhandlung verbunden worden, deren Eines den Formvorschriften genügt, während an dem Andern sich ein Mangel ergibt, so tritt zu Gunsten des Ersteren die Regel ein: utile per inutile non vitiatur, l. 1. §. 5. D. 45. 1. — W. H. Puchta Handb. d. gerichtl. Verfahrens in nichtstreitigen bürgerl. Rechtssachen §. 94. hält diese Regel auch bei einem und dem nämlichen Rechtsgeschäft für anwendbar, wenn die ungiltigen Verabredungen nicht das Wesen, sondern blos die von den wesentlichen Stücken abhängenden Nebentheile des Geschäfts betreffen; indessen sagt der dafür angeführte Thibaut System §. 135. d. ä. Ausg. richtiger und bestimmter: „Das Giltige wird, wenn es für sich selbst bestehen kann, durch das Ungiltige nicht vernichtet; wenn aber die dem Gesetz widerstreitenden Handlungen das Wesen des Geschäfts und die gesetzmäßigen Handlungen nur die von den

---

fechtungsgründe vorliegen, wie laesio ultra dimidium, alienatio in fraudem creditorum.

wesentlichen Stücken abhängenden Nebentheile eines Geschäfts ausmachen, so kann das Geschäft nicht erhalten werden."

Mit Grund verwirft übrigens Puchta a. a. O. §. 95. den von Thibaut a. a. O. §. 135. und Leyser Sp. III. med. 6. aufgestellten Satz: „wegen offenbarer Billigkeit kann der Richter etwas von der gesetzlich zu beobachtenden Form erlassen." Die dafür angeführte l. 183. D. 50. 17., verglichen mit l. 7. D. 4. 1., ist ja blos von unverschuldeten Versäumnissen im Proceßverfahren zu verstehen; Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 101. S. 441.

Zu 2) Wenn das Geschäft von beiden Theilen erfüllt ist, so ist es perfect, und kann von keinem derselben mehr aus dem Grund mangelnder Förmlichkeiten retractirt werden; v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. II. S. 368., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 93. S. 275. Wie aber, wenn nur Ein Theil erfüllt hat? Von Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. II. S. 255. wird angenommen: wenn da der Empfänger der Leistung, ohne diese zurückgeben zu wollen, gegen den Andern, welcher auf die Gegenleistung klagt, aus dem Mangel der gesetzlichen Vertragsform excipiren würde, so könne der Kläger die exc. nullitatis durch die replica doli entkräften; s. l. 149. D. 50. 17., ex qua persona quia lucrum capit, ejus factum praestare debet. Zunächst muß wohl nach Eichhorn deutsch. Privatr. §. 93. S. 275. die Analogie der Innominatcontracte unsere Entscheidung leiten. Gleichwie nämlich nach den römischen Grundsätzen ein pactum nudum ohne rechtliche Wirkung war, gleichwohl aber alsdann, wenn einer der Paciscenten bereits die Leistung angenommen hat, eine civilis obligatio entstand, für welche eine actio praescriptis verbis gegeben war, s. v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 599. II., so muß auch hier unabhängig von aller Contractsform eine Verbindlichkeit aus der angenommenen Leistung für begründet erachtet, und demjenigen, welcher bereits von seiner Seite geleistet hat, frei gelassen werden, entweder mit der act. praescriptis verbis auf die Gegenleistung, oder mit der condict. causa data c. n. s. auf Rückgabe des Gegebenen zu klagen.

Zu 3) [Der Verkehr unter Abwesenden geschieht heutzutage oft durch Vermittelung der Telegraphenanstalten, und namentlich dient deren Schnelligkeit dem Schließen von Verträgen, an deren raschem Zustandekommen ein Interesse besteht. Es ist selbstverständlich, daß diejenigen Fragen, welche sich in Betreff der Vertragsabschlüsse unter Abwesenden — durch Boten, Briefe — aufwerfen lassen, in derselben Weise, ja mit geschärften Kriterien, beim telegraphischen Vertrags-

schließen wiederkehren.*) Man hat die Frage aufgeworfen, ob bei der eigenthümlichen Art rascher Mittheilung nicht die telegraphisch verkehrenden Parteien als an demselben Orte befindliche Personen anzusehen seyen, was u. A. Zeigermann (Arch. f. W.-R. u. Hand.-R. IX. S. 268 ff.) mit Rücksicht auf gewisse praktische Consequenzen (für das Preußische Recht) behauptet. Man hat neuerdings auch, namentlich aus Anlaß eines berühmt gewordenen, i. J. 1856. zu Köln verhandelten, aber vor Gelangung an die Oberinstanz verglichenen Rechtsfalls, die Frage der Prästation der culpa mit Rücksicht auf telegraphisches Contrahiren erwogen, worüber die in der Anm. citirten Abhandlungen von Reyscher, Fuchs, Bekker und besonders von Jhering (S. 56 ff.), dazu v. Vangerow Leitfaden I. §. 109. Anm. (7. Aufl.) und Bähr in Jhering's Jahrbb. VI. S. 303--306. zu vergleichen sind.

Hier interessirt uns die neuerdings in Praxi aufgeworfene Frage, ob in den thatsächlichen (reglementmäßigen) Umständen eines telegraphischen Contrahirens ein schriftlicher Vertrag gefunden werden könne. Das Berliner Obertribunal hat sich dahin ausgesprochen, daß das Telegramm, d. h. die vom Telegraphenamt am Bestimmungsort ausgegebene Depesche nicht als eine schriftliche Willenserklärung des Aufgebers gelten könne, indem jenes Amt nur eine eigene nicht authentische Schrift, bezieh. eine Copie der Aufgabedepesche verfertige und ausgebe; nur dann sey der telegraphische Abschluß als ein schriftlicher anzusehen, wenn die Aufgabedepesche vom Aufgeber schriftlich vollzogen sey und beim Telegraphenamte des Aufgabeortes in Verwahrung bleibe, indem solchenfalls die Scriptur zwar dem andern Contrahenten nicht ausgehändigt, aber als für ihn amtlich niedergelegt gelten müsse: s. Striethorst's Arch. f. Rechtsf. N. F. V. Jahrg. 2. Bd. S. 52—56. und Seuffert's Archiv XVI. No. 29. Es fragt sich jedoch, ob auf diese Weise dem thatsächlichen Vorgange volle Rechnung getragen

*) [Literatur über die rechtliche Seite des Telegraphenwesens: Reyscher i. d. Zeitschr. f. deut. R. XIX. S. 271—320. 456—477., Mittermaier i. Arch. f. civ. Prax. XLII. S. 278—288. u. XLVI. S. 1—48., Fuchs ebendas. XLIII. S. 94 ff., Busch ebendas. XLV. S. 1—26., Zeigermann i. Arch. f. Wechselr. u. Handelsr. IX. S. 268—294., v. Stubenrauch i. d. Oesterr. Gerichtszeitung, 12. Jahrgang, No. XVIII. u. XIX., Bekker in s. Jahrbuch IV. S. 169—177., Jhering in s. Jahrbüchern IV. S. 83. 106—112., Serafini Il Telegrapho in relazione alla Jurisprudenza civile e commerciale; Pavia 1862. u. hierzu Goldschmidt in s. Zeitschr. VI. S. 625—629.]

werde. Der Aufgebende übermittelt (sey es schriftlich oder mündlich) dem Telegraphenamte bestimmte Worte mit dem Auftrag, dieselben schriftlich (in der Ausgabedepesche vollzogen) dem Adressaten zukommen zu lassen; diese Worte werden gewissermaßen dem Ausgabeamte in die Feder dictirt; mithin schreibt dieses Amt die Erklärung des Aufgebenden nieder und gleicht einem nuntius, der im Auftrag des einen Contrahenten dessen Worte schreibt und diese an Statt desselben geschriebenen Worte dem andern Contrahenten übermittelt. Da nun gleichviel gilt, ob der Contrahent selbst schreibt oder durch einen Andern seine Worte niederschreiben läßt, so würde die Ausgabedepesche als eine Schrift von des Aufgebenden Hand anzusehen seyn.]

---

§. 241.

f) Auslegung der Verträge.

Das Wesentlichste hierüber s. Bd. I. §. 44. Ein vollständiges Verzeichniß der die Grundsätze der juristischen Auslegung enthaltenden römischen Gesetze hat zu geben gesucht: Böschen D. de pactorum ambiguorum interpretatione. Lips. 1775. §. 5.; eine rationelle Erörterung derselben s. Kritz Samml. von Rechtsfällen Bd. III. no. 8., vergl. auch Bd. II. S. 257., Thüssing über die Auslegung der Rechtsgeschäfte, in dessen jurist. Abhandl. Arnsberg 1819. Abh. I., Weichsel Abhandl. über verschiedene praktisch wichtige Rechtsmaterien no. 3.

Ueber die Frage: Ist der in einem Vertrag gebrauchte Ausdruck „nach Landesgesetz" von den Gesetzen zu verstehen, die bei Errichtung des Vertrags gelten, oder denen, welche gelten, wenn der im Vertrag vorausgesetzte Fall eintritt? s. v. Hohnhorst Jahrbücher des Großh. Bad. O.-H.-G. Mannheim, Jahrg. VI. S. 44. Einen Fall, wo auf Beweis der eigentlichen Absicht der Contrahenten erkannt wurde, s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VI. S. 240. Ueber vorzugsweise Entscheidung nach dem gemeinen oder am Ort des geschlossenen Contracts herrschenden Sprachgebrauch (l. 7. D. 33. 10.), v. Hartitzsch Entscheid. no. 437.

Insbesondere über die Frage, welcher Ort in Betracht kommt, wenn ein Vertrag unter Abwesenden geschlossen, der Sprachgebrauch aber hier und dort verschieden ist, s. Wächter civilist. Archiv Bd. XIX.

S. 114. Der Verf. zeigt, daß hier auf den locus, ubi literae negotium concludentes acceptatae sint, oder auf den Ort, wo das Geschäft perfect geworden ist, nichts ankommen, daß nicht gefragt werden könne, ubi contractum, sondern ubi actum est, l. 34. D. 50. 17., daß nämlich die Rede nach dem Sprachgebrauch des Orts, wo der Redende seinen Willen erklärt hat, zu verstehen sey. Z. B. A. in Z. hatte seine Fabrik bei der Assecuranz-Compagnie in L. für 30,000 Thlr. versichern lassen. Da dieselbe hierauf in einem Tumult in Brand gesteckt und zerstört wurde, forderte A. die Vergütung des Brandschadens, es wurde ihm aber der Inhalt der Statuten dahin entgegengesetzt: „daß die Compagnie für einen im Aufruhr gestifteten Schaden nicht hafte." Nun fragte sich: war jener Tumult dem Begriff von Aufruhr zu subsumiren? Nach dem in L. geltenden Sächsischen Recht mußte diese Frage bejaht werden, denn in demselben ist der Begriff von Aufruhr so weit gefaßt, daß der vorliegende Fall darunter begriffen werden mußte, dagegen nach dem in Z. geltenden gemeinen Recht, welches zwischen Aufstand und Aufruhr genauer unterscheidet, konnte der vorgefallene Volks-Exceß nicht als ein Aufruhr angesehen, mithin der statutenmäßige Ausnahmsfall nicht als vorhanden angenommen werden. Welcher Wortsinn sollte nun entscheiden? Nach der gewöhnlichen Meinung, und besonders nach einer andern Bestimmung der Statuten, worin gesagt ist: daß erst durch die Aushändigung des Versicherungsscheins die Anstalt in Verbindlichkeit gesetzt werde," erschiene der Ort Z., wo der Versicherungsschein empfangen wurde, als der locus contractus. Allein unmöglich konnte der in Z. geltende Sprachgebrauch gegen die Versicherungsgesellschaft in L. entscheiden. Dies würde zu dem Absurdum führen, daß die Gesellschaft gar keinen festen Begriff mit dem für sie wegen seiner Wichtigkeit so sorglich stipulirten Ausnahmsfall verbunden habe, denn dieser ist in den verschiedenen Wohnorten ihrer Versicherten fast überall verschieden, er ist ein anderer in Würtemberg, in Sachsen, in Oesterreich u. s. w.

§. 242.

g) Bestärkungsmittel der Verträge.

α) Arrha.

1) Ist eine einem völligen Vertragsabschluß*) hinzugefügte arrha im Zweifel für eine arrha confirmatoria oder poenitentialis zu erachten?
2) In welchen Fällen eines rückgängig gewordenen Geschäfts muß die arrha zurückgegeben werden?

Zu 1) Gegen die nach der Glossa ad pr. J. 3. 28. von Brunnemann Comm. ad l. 17. C. 4. 21., Leyser Sp. 204. med. 1. und Boehmer Introd. in jus Dig. Lib. XVIII. tit. 1. §. 6. vertheidigte Ansicht, daß der gegebenen arrha allemal die Absicht zu unterstellen sey, von dem Geschäft gegen Verlust der arrha wieder zurückzutreten zu dürfen, geht gemäß l. 35. pr. D. 18. 1. — l. 6. C. 4. 44. vielmehr, wie Leyser l. c. selbst gesteht, die gemeine Meinung dahin: daß dies nicht angehe, wenn das Handgeld zum Zeichen des zum völligen Abschluß gediehenen Contracts und zu dessen Befestigung gegeben ist. Zwar sagt l. 17. C. 4. 21. u. pr. §. 1. J. 3. 24., daß man das Handgeld verliere, resp. doppelt zurückgeben müsse, wenn man von dem verabredeten und durch eine arrha bestärkten Kauf zurücktreten wolle, aber es ist dabei, wie Thibaut Syst. §. 447. (Ed. 8.) wohl richtig bemerkt, ein an sich noch nicht als perfect anzusehender Kauf unterstellt. Da fand denn freilich Reue statt, die gegebene arrha kann das Fehlende nicht ersetzen, nur sie selbst verwandelt sich dann in eine Buße für den Reuigen; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VI. S. 215.

Zu 2) Unstreitig dann, wenn der Vertrag a) durch beiderseitige Einwilligung aufgehoben, l. 11. §. 6. D. 19. 1. — l. 2. C. 4. 45. oder b) die Vollziehung ohne einiges Verschulden unmöglich wird,

---

*) Daß nicht jede arrha ein pactum perfectum voraussetze, wie Zumbach de arrha contract. Jenae 1828. u. Bornemann System Bd. II. S. 529. Anm. ** dafür hält, sondern daß auch eine arrha pacto imperfecto data statuirt werden müsse, geht insonderheit aus pr. J. 3. 24. hervor, wo ein pactum imperfectum unterstellt ist. Derselbe Fall ist bei allen vorbereitenden Verträgen; s. Braun Dictaten zu Thibaut §. 144.

l. 3. C. 5. 1., oder das Geschäft aus rechtlichen Gründen nicht bestehen kann. Außerdem ist die Regel: die Daraufgabe geht verloren, wenn der Geber an der Nichterfüllung des Vertrags Schuld hat, und muß doppelt zurückgegeben werden, wenn der Vertrag durch die Schuld des Empfängers zurückgeht. Diese Regel gilt bei der arrha pacto imperfecto data immer, und da wird denn durch den Werth der arrha eine etwa sonst zu leistende Entschädigung aufgehoben; Koch R. d. Ford. Bd. II. §. 113. Bei der arrha pacto perfecto data, wo ja jeder Contrahent ein unbeschränktes Recht auf wirklichen Vollzug des Vertrags hat, kann sie nur eintreten in Fällen, wo kein unmittelbarer Zwang zum Vollzug stattfindet, wie bei Eheverlöbnissen, l. 5. C. 5. 1., oder sonst durch unrechtliche Handlungen des Andern das Geschäft vereitelt wird. Wo aber der Vertrag selbst realisirt werden kann, und realisirt wird, muß die gegebene arrha auf die Hauptleistung gut gerechnet werden.

Einen Fall, wo das Geschäft durch unrechtliche Handlungsweise des Andern vereitelt wird, entscheidet l. 6. D. 18. 3.: wenn nämlich der Verkäufer sub lege commissoria verkauft, und es am Käufer gelegen hat, daß der Bedingung nicht Genüge geleistet wurde, so hat dies nicht nur die Folge, ut res inemta sit, sondern auch daß das gegebene Daraufgeld für den Käufer verloren ist; s. Glück Thl. XVI. S. 292.

Zweifelhaft findet es Unterholzner Schuldverh. Bd. I. §. 37 ff., ob bei Verträgen, bei welchen das Reuerecht vorbehalten worden ist (pactum displicentiae), bei Ausübung des Reuerechts die Daraufgabe für den Geber verloren und dem Andern verfallen sey, mithin eine arrha poenitentialis bilde? Da aber Bußen nicht vermuthet werden, so möchte in solchem Fall, wie auch Unterholzner dafür hält, wohl nicht auf den Verlust der arrha zu erkennen seyn. Dagegen hält Koch a. a. O. in einem solchen Fall, wo eine arrha gegeben ist, das Reuerecht für beschränkt, und statuirt daher, übereinstimmend mit dem Preuß. Landr. Th. I. Tit. 5. §. 213—16. „Tritt der Geber zurück, so verliert er die Daraufgabe einfach an den Empfänger, leistet aber weiter keine Entschädigung; tritt der Empfänger zurück, so gibt er die Daraufgabe einfach zurück, und der Geber muß sich mit der Erstattung statt der Entschädigung begnügen."

Ueber die Folgen des Rücktritts des Käufers bei einer Subhastation nach Sächsischem Recht s. Gottschalk Disc. for. T. II. cap. 30.

Nach Ortsgewohnheiten wird beim Dingen des Gesindes mit der Reichung einer Daraufgabe als Zeichen der Vertragsperfection

auch die Absicht verbunden, daß der Empfänger sie bei dem Vollzug gleichsam als Geschenk behalten solle; Unterholzner a. a. O. S. 870., Koch a. a. O. S. 330.

β) Conventionalstrafe.

1) Ist die Willkür der Contrahenten in Ansehung der Größe einer festzusetzenden Conventionalstrafe beschränkt?
2) Unter welchen Umständen kann die Conventionalstrafe neben der Hauptverbindlichkeit, an welche sie angeknüpft ist, oder nur eine von beiden gefordert werden?
3) Wann ist die Conventionalstrafe als verwirkt zu achten?
4) Kann dieselbe dadurch, daß die Hauptverbindlichkeit zum größten Theil erfüllt worden ist, abgewendet werden?
5) Ist sie auch dann rechtlich wirksam, wenn sie einem sonst ungiltigen Vertrag beigefügt ist?
6) Geht die Verbindlichkeit aus der Conventionalstrafe auch auf die Erben des Promittenten über?
7) Wird die auf gerichtliche oder außergerichtliche Anfechtung eines Vertrags gesetzte Conventionalstrafe auch durch Nichterfüllung oder Uebertretung desselben in einem oder dem andern Punkte verwirkt?

Zu **1)** Für die durch einige bei Glück Thl. IV. S. 532. Anm. 3. angeführte Autoritäten [s. auch Seuffert's Archiv XI. No. 224.] unterstützte bejahende Meinung scheint zwar dieses zu sprechen, daß Justinian in l. un. C. 7. 47. bei der Forderung und Bestimmung des Interesse die Grenze gesetzt hat: dupli quantitatem minime excedere debere; man kann aber dieses nicht auf Conventionalstrafen übertragen, weil Strafe und Interesse durchaus verschieden sind. Jene kann stattfinden, ohne die Stelle eines Ersatzes zu vertreten, poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, l. 38. §. 17. D. 45. 1., und das Interesse kann selbst neben der Conventionalstrafe, wenn es sich höher beläuft, als diese, bis auf den Mehrbetrag nachgefordert werden; l. 28. i. f. l. 47. i. f. D 19. 1.; Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 250., Glück a. a. O. S. 434. Anm. 13., v. Vangerow Pand. III. §. 614. sub II. Die Gesetze erlauben

auch ausdrücklich, das Duplum, Triplum, Quadruplum zur Strafe zu stipuliren, daher die vorangestellte, wie Koch R. d. Ford. Bd. II. §. 114. Anm. 8. bemerkt, nicht ohne Dissens in das Preußische Landrecht Th. I. Tit. 5. §. 301. übergegangene Meinung mit Recht gemäß l. 11. §. 2. l. 32. pr. D. 4. 8. — §. 7. J. 3. 16., verworfen wird von Glück a. a. O., Goez rechtl. Entscheid. der jurid. Facultät in Altdorf S. 127. und nur bei Bezahlung schuldiger Geldsummen wegen der Zinsenverbote keiner Ueberschreitung des gesetzlichen Zinsenmaßes durch Conventionalstrafen Raum gegeben wird; l. 9. pr. D. 22. 1. — l. 13. §. 26. D. 19. 1. — l. 15. C. 4. 32., Madihn Miscellen Bd. I. S. 74., v. Quistorp rechtl. Bemerk. Bd. II. S. 20., Leyser Sp. 247. med. 7. u. 8.

Zu 2) Wenn die principale Obligation ungiltig ist, z. B. Leistung an einen Dritten, so kann nur die Strafe gefordert werden; dagegen, wenn jene physisch, s. l. 69. D. 45. 1., oder moralisch unmöglich ist, so fällt auch die Conventionalstrafe weg; l. 26. l. 35. l. 123. D. 45. 1. Uebrigens muß man hier verschiedene Fälle unterscheiden:

a) War die Conventionalstrafe auf die Contravention gegen ein bereits abgeschlossenes Geschäft gesetzt, so kann Beides, Festhaltung des Vertrags und Strafe, nur dann gefordert werden, wenn letztere mit der Clausel: rato manente pacto bedungen war, außerdem aber nur das Eine oder das Andere nach der Wahl des Klägers; l. 15—17. l. 40. C. 2. 4. — l. 10. §. 1. D. 2. 14. — l. 12. §. 2. D. 23. 4. — l. 122. §. ult. D. 45. 1., Glück Thl. IV. S. 533.,*) Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 249., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 506., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 614. sub IV. a. E.

b) Die Conventionalstrafe kann aber auch auf den Fall einer nicht rechtzeitig oder gar nicht erfolgenden Vertragserfüllung stipulirt werden. Im ersten Fall, wenn nämlich die Strafe auf Zögerung in der Erfüllung gesetzt ist, leuchtet von selbst ein, daß die Handlung und die Strafe neben einander bestehen. Ist aber die Conventionalstrafe auf den Fall bedungen, wenn die Erfüllung des Versprechens schlechterdings nicht erfolgen würde, so ist die Nichterfüllung entweder eine Folge des Nicht-

*) Indessen soll nach Glück's Bemerkung (Thl. IV. S. 537. Anm. 8.) in praxi die Strafe jedenfalls salvo contractu gefordert werden können; Wernher sel. Obs. for. T. II. P. X. obs. 251., Richter D. de contractu rato manente, poena conventionali quoque soluta. Lips. 1751.

wollens oder des Nichtkönnens. Das Nichtwollen oder die Reue des Promittenten hat zur Folge, daß der Promissar nun auf Erfüllung des Versprechens, oder wenn er dieses vorzieht, auf die Conventionalstrafe klagen kann; der Promittent dagegen hat nur dann die Wahl, ob er sein Versprechen noch erfüllen, oder lieber die Conventionalstrafe entrichten will, wenn diese als ein Reugeld (mulcta poenitentialis) stipulirt war, was aber, weil es nicht vermuthet wird, bestimmt ausgedrückt seyn muß; Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 248., vergl. Glück a. a. O. S. 533. — Ist die Nichterfüllung des unter einer Conventionalstrafe Versprochenen eine Folge des Nichtkönnens, so finden wieder Unterscheidungen statt. Hat der Promissar selbst schuldhaft die Unmöglichkeit herbeigeführt, so wird sein gleichwohl auf Entrichtung der Buße gerichtetes Begehren durch die exc. doli zurückgewiesen; außerdem kann die Unmöglichkeit entweder vom Promittenten selbst verschuldet, oder durch Zufall herbeigeführt seyn. Da will zwar Unterholzner a. a. O. S. 250. auf eine Unterscheidung kein Gewicht legen, indem er sagt: „die Verwirkung der Bußen erfolgt so, daß im Allgemeinen nicht näher untersucht wird, ob Derjenige, dem die Buße zur Last fällt, sich in einer Verschuldung befinde;“ damit kann man aber nicht wohl einverstanden seyn. Zuvörderst kann es bei der vom Promittenten selbst verschuldeten Unmöglichkeit keinem Zweifel unterworfen seyn, daß der Promittent verbunden sey, nicht nur die Conventionalstrafe zu entrichten, sondern auch das Interesse des Klägers, wenn dieses höher steigt, zu diesem Mehrbetrag zu prästiren; l. 28. l. 47. D. 19. 1. — l. 5. §. 4. l. 85. §. 6. D. 45. 1. Dagegen, wenn die Erfüllung des Versprechens durch ganz unverschuldete Zufälle unmöglich geworden ist, muß man es wohl als Regel gelten lassen, daß unverschuldete Unmöglichkeit ebenso wie von der Verbindlichkeit, so auch von der Conventionalstrafe befreit; l. 69. D. 45. 1. Es können daher nur besondere Fälle zu einer Ausnahme berechtigen. Gewöhnlich wird die Conventionalstrafe mit einer principalen Obligation dergestalt in Verbindung gesetzt, daß die Nichtleistung der letzteren den Verfall der ersteren zur Folge haben soll. In allen solchen Fällen steht unsere Regel fest. Es kommt aber auch wohl vor, daß die Pönalstipulation eine principale ist, zu deren Abwendung jedoch dem Schuldner noch eine andere Leistung offen

gelassen ist. Da bleibt die unmittelbare Verbindlichkeit zur Buße bestehen, und es ist durchaus ohne Einfluß darauf, wenn die anderweite Art, die Verbindlichkeit zu lösen, durch Zufall unmöglich geworden ist. Z. B. in der Stipulation: „wenn du mir das Landgut nicht gegeben haben wirst, gelobst du dann 100 Sestertien zu geben?“ liegt für dich eine bedingte Verpflichtung zu 100 S.; diese sind in obligatione, die Handlung nur in conditione, l. 44. §. 5. D. 44. 7., und in einer solchen Stipulation ist der Fall, da das Landgut nicht gegeben werden kann, sowie der, daß es nicht gegeben werden will, gleichmäßig begriffen, denn bei der Bedingung wird auf Imputation nicht gesehen; Koch R. d. Ford. Bd. II. §. 115., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 614. a. E. — Zuweilen kann auch die Natur der Stipulation die Annahme rechtfertigen, daß der Promittent der Strafe auch die Gefahr zufälliger Hindernisse, denen die principale Leistung unterworfen seyn kann, übernehmen wollte. In diesem Fall befindet sich Derjenige, welcher eine Leistung auf einen bestimmten Tag, an welchem dem Promissar hauptsächlich gelegen ist, bei Vermeidung einer Conventionalstrafe versprochen hat. So wird nach l. 9. D. 22. 2. — l. 77. D. 45. 1. die Buße für verwirkt erkannt, wenn die principale Leistung deshalb unterblieb, weil der, welcher etwas thun sollte, starb, und der Erbe noch nicht angetreten hatte.*)

Zu 3) War ein Unterlassen versprochen, so wird durch das entgegengesetzte Thun die Conventionalstrafe verwirkt. Ist ein positives Thun versprochen, und zwar in bestimmter Frist, so wird die Conventionalstrafe durch deren erfolglosen Ablauf verwirkt, l. 23. D. 44. 7. — l. 12. C. 8. 38. Wenn aber keine Frist gesetzt ist, so kann man fragen: ist die Buße schon dann verwirkt, wenn die Leistung nicht erfolgt ist, während sie wohl hätte erfolgen können? oder erst wenn die wirkliche Leistung zur Unmöglichkeit geworden ist? Da ist denn je nach der Fassung der Stipulation die Auslegung verschieden; l. 115. §. 2. D. 45. 1. Aus der Stipulation (quae a

---

*) Im Proceß werden jedoch, wenn judicio sisti unter einer Conventionalstrafe gelobt war, gute Entschuldigungsgründe zugelassen; l. 2. §. 2—9. l. 4. pr. §. 1—3. D. 2. 11. So kann auch eine vom Schiedsrichter auf Nichtleistung einer Handlung gesetzte Strafe noch abgewendet werden, wenn der Verpflichtete noch ante acceptum judicium die schuldige Leistung vollzieht; l. 21. §. ult. l. 22. l. 23. pr. l. 52. D. 4. 8.

conditione incipit) si Pamphilum non dederis, centum dare spondes? kann nach der Natur einer negativen Bedingung nicht eher auf die 100 geklagt werden, als bis die Hingabe des P. unmöglich geworden ist, dagegen beim eigentlichen Pönalvertrag Pamphilum dare spondes? si non dederis, centum dare spondes? die Strafe schon fällig ist, postquam homo *potuit* dari; v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 614. sub III. und die in Note 94. zu l. 115. §. 2. D. 45. 1. in der deutschen Uebersetzung des Corp. jur. — Möglicher Weise kann die Conventionalstrafe als reine Strafe gemeint seyn, so daß neben ihr noch das Interesse der Nichterfüllung oder der verspäteten Erfüllung gefordert werden kann, l. 115. §. 2. cit., im Zweifel muß aber angenommen werden, daß die Strafe nur ein gewillkürter Anschlag des Interesse selbst sey; Puchta Pand. §. 231., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 506., Glück Thl. IV. S. 530. Wenn z. B. ein Verpachter sich vom Pachter 5 Thlr. Conventionalstrafe für jeden Tag verspäteter Räumung des Pachts stipulirt hat, so kann er in der Regel nicht daneben noch ein Aequivalent des Pachtgelds für den Zeitraum der Verspätung fordern; s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1851. S. 2.

Eine auf das Entgegenhandeln gegen einen Vertrag bedungene Conventionalstrafe wird durch qualitativ unvollkommene Leistung nicht verwirkt, sondern nur exc. non rite adimpleti contr. dadurch begründet; Erk. d. O.-A.-Ger. in Lübeck in Seuffert's Archiv Bd. VI. S. 231.

Zu 4) Hellfeld Jurispr. for. §. 1009. behauptet dies in der Lehre vom commissorischen Vertrag, und Glück Thl. IV. §. 366. S. 472. in Ansehung des nur theilweise erfüllten modus, mit Beziehung auf c. 9. X. de poenis (5. 37.), wo aber nur gesagt ist, daß der Richter Strafen erlassen könne, welche er selbst angedroht hat, woraus nicht folgt, daß er durch Privatverträge begründete jura quaesita verletzen dürfe. Westphal Lehre vom Kauf §. 664. meint, daß die Conventionalstrafe nach Verhältniß des wirklich Geleisteten gemindert werden müsse, allein die dafür angeführte l. 9. §. 1. D. 2. 11. unterstellt nicht den Fall einer unvollständig erfüllten Verbindlichkeit, sondern mehrerer Obligationen, für welche mehrere Strafen in einer Stipulationsformel versprochen waren; vergl. l. 72. D. 21. 22. Von der qualitativ unvollkommenen Leistung haben wir vorhin zur Fr. 3. gesprochen, und können demnach nur von der quantitativ unvollständigen Leistung die Meinung anerkennen, daß eine nur theilweise Erfüllung nicht von der Strafe befreie, l. 47. D. 19. 1. — l. 5. §. 4. l. 85. §. 6. D. 45. 1., Glück Thl. IV. S. 541., v. Wening-

Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 124. (§. 89.), Braun Erörter. zu Thibaut §. 115., Koch R. d. F. Bd. II. §. 114., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 506. S. 327., es wäre denn eine darauf gerichtete Absicht der Contrahenten erweislich; l. 9. §. 1. D. 2. 11., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 614. sub. III.

Zu 5) Ihre Wirksamkeit hängt nicht schlechthin von der Kraft der dadurch zu sichernden Verbindlichkeit, sondern nur von der Statthaftigkeit der Bedingung ab, und deshalb kann, wie schon zur Fr. 2. berührt wurde, die Conventionalstrafe auch einem sonst ungiltigen Vertrag mit Wirksamkeit beigefügt werden,*) sowie umgekehrt eine ungiltige unwirksame Conventionalstrafe dem Hauptgeschäft nicht schadet; v. Wening-Ingenheim a. a. O., Puchta Pand. §. 231., v. Vangerow a. a. O. Nur in Beziehung auf Verpflichtung zu unerlaubten Handlungen oder zur Bezweckung einer causa turpis ist die Conventionalstrafe unwirksam (s. Fr. 2.); Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 250. Z. B. den gewerbspolizeilichen Vorschriften in Bayern wurde es zuwider erkannt, daß ein Principal seinem Gesellen bei seiner Ansässigmachung einen Revers abnahm, welcher diesen bei 50 Fl. Strafe verpflichtete, keinen Kunden, welchen er bei seinem Principal bedient hatte, binnen 2 Jahren an sich zu bringen. Quod leges fieri prohibent — cessat obligatio, s. Seuffert's Archiv Bd. II. S. 32. Viel zu ausgedehnt ist daher der in den früheren Ausgaben von Thibaut System §. 115. vorkommende, aber in §. 83. der 8. Ausg. hinweggebliebene Satz: „die Conventionalstrafe setzt eine giltige Hauptverbindlichkeit voraus, und ist nichtig, sofern die letztere ungiltig ist." Z. B. einem Verlöbniß, welchem die vom Particulargesetz bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebene gerichtliche Anzeige mangelte, war die Verabredung beigefügt: daß, wenn vor der Hochzeit und vor gerichtlicher Confirmation der Ehepacten einer von beiden Theilen diesen Contract nicht erfüllen wollte, der Zurücktretende schuldig seyn soll, dem andern Theil für Entschädigung und Beschimpfung 400 Thlr. zu entrichten. Das Erk. d. O.-A.-G. zu Cassel, s. Strippelmann Samml. Thl. V. S. 65. ging dahin: daß wenngleich der Vertrag, soviel das darin verabredete Eheverlöbniß betreffe, wegen Mangels gerichtlicher Anzeige als unwirksam erscheine, dies doch nach feststehendem Gerichtsgebrauche nicht in Beziehung auf die zu dessen Bestärkung verabredete Conventionalstrafe der Fall sey.

*) Abweichend hiervon ist das Preußische allgem. Landr. Th. I. Tit. V. §. 310.

Zu 6) Man kann vielleicht zur Verneinung dieser Frage um deswillen geneigt seyn, weil auch die auf Privatstrafen gerichteten Pönalklagen der Regel nach nicht gegen den Erben zulässig sind; §. 1. J. 4. 12. — l. 23. §. 8. D. 9. 2. Allein daß diese Ansicht irrig wäre, begreift sich leicht, wenn man erwägt, daß, sowie unstreitig die Principalobligation auf den Erben übergeht, nothwendig auch die Surrogatverbindlichkeit auf ihn transmittirt wird, und so entscheiden auch die Gesetze l. 47. D. 19. 1. l. 4. §. 1. l. 5. §. 3. 4. D. 45. 1. — l. 149. D. 50. 17.

Zu 7) Es scheint zwar diese Frage bejaht werden zu müssen, weil ja positive Handlungen, durch welche der Vertrag gebrochen wird, noch stärker als blos wörtliche Erklärungen den Willen, den Vertrag nicht zu halten, manifestiren. Dies scheint umsomehr angenommen werden zu müssen, wenn das Gericht mit der Confirmation des Vertrags die Weisung verbunden hatte: „daß jeder der Contrahenten demselben in allen seinen Punkten bei Vermeidung der demselben einverleibten Conventionalstrafe genau und unverbrüchlich nachzukommen habe." Demungeachtet entband die Altdorfer Juristenfacultät den Beklagten wohl mit Recht in einem solchen Fall von der gegen ihn eingeklagten Conventionalstrafe. Denn was das Gericht in seiner Confirmationsclausel einfließen ließ, war nach dem Grundsatz: confirmatio nihil dat novi nicht zu beachten. Es kam also nur darauf an: ob Uebertretung oder Nichterfüllung eines Vertragspunkts der Anfechtung des Vertrags gleich zu achten sey. Diese Frage war aber zu verneinen, insofern Nichtbefolgung eines Vertrags in irgend einem Punkt nicht nothwendig eine Bestreitung desselben in sich schließt, sondern auch wohl aus bloßem Uebersehen, Mißverstand oder verschiedener Auslegung herrühren kann. Pönalbestimmungen sind nicht ausdehnend zu erklären, es muß daher bei der Regel bleiben, daß Nichterfüllung eines Vertrags den andern Contrahenten nur zur Erfüllungsklage berechtigt. Unter außergerichtlicher Anfechtung des Vertrags kann nicht jede Weigerung des Verpflichteten in irgend einem Punkte verstanden werden, welche ja aus ganz andern Quellen fließen kann, ohne daß man den Vertrag für ungiltig hält und dieses erklärt, und nur dies kann man außergerichtliche Anfechtung des Vertrags nennen; Goez rechtl. Entscheid. der jurid. Facultät in Altdorf S. 117.

γ) Entsagung der Einwendungen — eidliche Bestärkung.

Ueber die rechtliche Wirksamkeit der Verzichte s. Bd. I. §. 12. — Ueber die Wirkungen des promissorischen Eids s. Bd. I. §. 4. zu Fr. 4. §. 12. zu Fr. 10. §. 57. zu Fr. 18. Bd. II. §. 126. zu Fr. 1., Glück Thl. XIV. S. 95. und die in Anm. 72. angeführten Schriftsteller. Boehmer jus nov. controv. Obs. 138. Ueber die Wirkung des Eides auf eingegangene Verbindlichkeiten überhaupt ist zu vergleichen: Glück Thl. IV. §. 341. Thl. V. §. 458., v. Quistorp Beitr. zur Erläuterung verschied. Rechtsmaterien S. 370., Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 118—124., Struben rechtl. Bedenken Bd. I. no. 24., Puchta Pand. §. 253., Lippert Annalen d. Kirchenr. H. III. S. 369. über die Frage: wem in der katholischen Kirche steht die Gewalt der Lossprechung vom Eide zu? ferner Malblanc Doctr. de jurejurando pag. 499., C. F. Schorch von der Ungiltigkeit des Eides bei ungilt. Verträgen, Jena 1786., Walch Controv. jur. civ. pag. 445., Gesterding Ausbeute von Nachforschungen Bd. I. no. 3. vom promissorischen Eid, Glück Thl. XVII. S. 100.

δ) Gerichtliche Bestätigung.

1) Kann ein gerichtlich bestätigter Vertrag aus dem Grund eines Betrugs oder einer Simulation noch angefochten werden?
2) Kann der Richter, welcher die Confirmation eines Vertrags verweigert, vom Oberrichter, wenn er die Gründe nicht für zureichend erkennt, zur Confirmation angehalten werden?
3) Macht der Mangel gerichtlicher Bestätigung da, wo nach den Gesetzen durch sie die Giltigkeit des Vertrags bedingt ist, denselben immer ungiltig?

Zu 1) Die gerichtliche Bestätigung eines Vertrags erfolgt entweder praevia causae cognitione, oder nur um zu constatiren, daß eine Handlung so, wie sie niedergeschrieben, bei Gericht wirklich vor sich gegangen und von den Parteien als die ihrige anerkannt worden sey. Im ersten Fall kann keine Einrede, deren factische Grundlage von der cognitio causae unberührt gelassen wurde, und im letzten

Fall überhaupt keine rechtliche Einrede gegen die Giltigkeit des Vertrags, folglich auch nicht die Einrede des Betrugs, der Simulation u. dergl. durch die erfolgte gerichtliche Bestätigung ausgeschlossen werden; Koch R. d. F. Bd. II. §. 112., Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. VIII. S. 160. Ebensowenig wird dadurch die exc. laesionis enormis außer Wirksamkeit gesetzt, Leyser Sp. 205. med. 9., Glück Thl. XVII. S. 100., oder die Einrede der Verletzung gegen eine gerichtlich bestätigte Erbtheilung; Struben rechtl. Bed. Bd. V. no. 137., v. Hartitzsch Entscheid. no. 101.

Zu 2) Bejahend erklärt sich Koch a. a. O., Danz, Gmelin u. Tafinger im krit. Archiv d. neuesten juridischen Literatur u. Rechtspflege Bd. IV. S. 270. Bd. V. S. 527.*) Ueber die Rechtskraft eines einen nichtigen Vertrag bestätigenden Erkenntnisses s. Elvers u. Bender allgem. jurist Zeitschr. Jahrg. I. S. 363.

Zu 3) Nicht immer; sondern wenn der Vertrag unter den Contrahenten zur völligen Perfection gediehen ist, und einer derselben der Confirmation desselben widerspricht, so ist der Andere auf Confirmation zu klagen befugt; v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. IV. no. 83., Elvers' Themis Bd. I. S. 555. no. 37.

ε) Clausula cassatoria.

1) In welchen Fällen wird diese Clausel wirkungslos?
2) Ist sie nur ex nunc oder ex tunc wirksam?

*) In der Sammlung merkw. Entscheidungen d. O.-A.-Ger. zu Wiesbaden von W. v. d. Nahmer findet sich ein sehr interessanter Rechtsfall bezüglich der aufgeworfenen Frage. Ein jüdischer Wittwer will auf das von seiner Frau hinterlassene Haus eine gerichtliche Hypothek bestellen, wozu er sich für berechtigt hält, weil nach jüdischem Recht der überlebende Ehemann, auch wenn Kinder vorhanden seyen (er hatte nämlich einen Sohn), das gesammte Vermögen der Frau erbe. Das Amt beanstandet seine Befugniß, wogegen der Jude sich an die Oberbehörde wendet, welche ungeachtet der Remonstration des Amtes, die Fertigung der Hypothek verfügt. Die Folgeleistung des Amts zog diesem alsbald, da der Jude fallirte, und der Sohn mit der Vindication des mütterlichen Hauses durch alle Instanzen obsiegte, eine Regreßklage von Seite des Darleihers zu, in welcher das Amt unterlag. Nun stellte dieses eine Regreßklage gegen die Oberbehörde an, deren Weisung es blos befolgt hatte, und es wurde dieser Regreßklage, unter der Voraussetzung, daß die Hypothekfertigung erst nach jener Weisung, mithin nur in Folge derselben, geschehen sey, Statt gegeben.

3) [Kann der Gläubiger, welcher eine Geldzahlung in Folge der verwirkten cassator. Clausel einfordert, vom ganzen Betrag Verzugszinsen von dem Augenblick an verlangen, wo die Clausel wirksam geworden ist?]

Zu 1) Diese Clausel unterscheidet sich vom commissorischen Vertrag dadurch, daß in Folge dieses der Schuldner sein Recht aus dem Vertrag, z. B. beim Kaufvertrag das bereits abschläglich am Kaufgeld Bezahlte, verliert, dagegen jene den Gläubiger von seiner Zusage entbindet. Am gewöhnlichsten kommt sie bei Nachlaß- und Stundungsverträgen vor, und erscheint da als ein Versprechen unter resolutiver Bedingung; daß der Gläubiger die clausula cassatoria mit ihrer resolutiven Wirkung nicht mehr geltend machen könne, wenn er die vertragsmäßige Erfüllung oder Leistung selbst erst nach schon eingetretener Resolutivbedingung noch verlangte, ist nicht zu bestreiten. Nach der Analogie der lex commissoria muß man ferner auch alsdann den Gläubiger seines Rechts aus der cassatorischen Clausel verlustig erklären, wenn er verspätete Zahlungen, oder theilweise Zahlung ohne Vorbehalt annimmt; Koch R. d. F. Bd. II. §. 116. Im letzteren Fall ist auch das Sächsische Recht damit übereinstimmend, Curtius Handb. d. Sächs. Civilr. Thl. III. §. 1267. Anm. a., v. Hartitzsch Entscheid. no. 84.; in Ansehung des ersteren Falles aber führt v. Hartitzsch a. a. O. no. 82. ein abweichendes Erkenntniß des A.-G. in Leipzig dahin an: daß daraus, daß Jemand sich ein oder mehrere Male seines Rechts aus der cassatorischen Clausel nicht bedient hat, nicht gefolgert werden dürfe, er habe sich desselben für immer begeben, desgleichen wenn der Gläubiger nach angestellter Klage wegen verspäteter Zinsen die Zinsenzahlung ohne Vorbehalt angenommen hat, so könne daraus noch nicht das Aufgeben seines Rechts gefolgert werden; v. Hartitzsch a. a. O. no. 83.

Ist der Gläubiger in mora accipiendi, so kann er von der cassatorischen Clausel begreiflicherweise keinen Gebrauch machen; v. Hartitzsch a. a. O. no. 85. leugnet dies zwar gegen Glück Thl. XVI. S. 279. und will es nur insoweit gelten lassen, als der Schuldner die volle Zahlung gerichtlich deponirt hat, allein die l. 9. C. 8. 43., auf welche er sich dieserhalb beruft, vermag diese Behauptung wohl nicht zu rechtfertigen, denn dort ist blos bestimmt, was zur gänzlichen Liberation des Schuldners erfordert wird, etwas anderes aber sind die Folgen des Verzugs, s. oben Kap. IV. §. 233. z. A. Der Gläu-

biger, welcher die Zahlung anzunehmen sich geweigert hat, würde gewiß der exc. doli ausgesetzt seyn, wenn er hinterher den Schuldner wegen der nicht erfolgten Zahlung seines Rechts verlustig machen wollte. Es ist daher vielmehr mit Glück a. a. O. zu behaupten, daß der Empfangsberechtigte, wenn er abwesend war, und keinen Bevollmächtigten hinterließ, dem die Zahlung geleistet werden konnte, oder wenn er die rechtzeitig angebotene Zahlung ohne rechtlichen Grund anzunehmen sich weigerte, von dem commissarischen Vertrag und so auch von der cassatorischen Clausel keinen Gebrauch machen kann.

Zu 2) Die Frage: ob der in Folge der clausula cassatoria geschehene Widerruf des einem Andern an einer Sache übertragenen Eigenthums dieses ex nunc oder ex tunc auflöst, ist dahin zu entscheiden: das durch die clausula cassatoria begründete Recht von einem eingegangenen Vertrag wieder abgehen zu dürfen, kann nur eine persönliche Klage bewirken. Wenn demnach z. B. Jemand sein Gut dem Andern zu Eigenthum gegen eine Leibrente abtritt, und sich, falls mit deren Zahlung nicht ordentlich eingehalten wurde, bedingt, daß dann das Eigenthum an ihn zurückgehen soll, so kann er das Gut nur mit den inzwischen von dem Andern darauf conrahirten Lasten zurückziehen, s. die in Schwarze und Heine Unters. prakt. wichtiger Materien S. 273. angeführten Erkenntnisse und oben Bd. I. §. 40. zur Fr. 17., Thibaut System §. 725. (Ed. 8.), Glück Thl. VIII. S. 77. Thl. XVI. S. 231.

Zu 3) [Mit Recht verneint Klemm i. d. sächs. Zeitschr. f. Rechtspfl. N. F. XIV. S. 97 ff. diese Frage, indem er bemerkt: es sey ein Irrthum, wenn man die in Betreff einer Terminszahlung eingetretene Säumniß zugleich als Verzug rücksichtlich der Zahlbarkeit des Ganzen gelten lassen wolle; denn die cassatorische Clausel verknüpfe mit der Verzögerung einer Terminalzahlung für den Schuldner vertragsmäßig nur den Nachtheil, daß er, wenn der Gläubiger es verlange, sogleich das Ganze schaffen müsse; etwas Weiteres liege nicht in der cassat. Clausel. Damit der fernere Nachtheil eintrete, daß der Schuldner auch noch wegen der späteren Termine als in mora befindlich angesehen werde, bedürfe es noch eines legalen Entstehungsgrundes für diese mora; in dieser Hinsicht aber könne nur auf die allgemeinen Entstehungsgründe der mora debitoris Bezug genommen werden (dies interpellat pro homine), die cassat. Clausel als solche gehöre nicht zu diesen Entstehungsgründen. In Bezug auf jenen Restbetrag ist keine bestimmte Leistungsfrist ausgemacht, da bei Vereinbarung einzelner Terminalzahlungen sub clausula cassatoria stets noch

ungewiß ist, ob diese Clausel je verwirkt werden, sodann aber auch, ob sie eintretenden Falls vom Gläubiger geltend gemacht werden wird.]

---

§. 243.

b) Wirkungen der Verträge.

aa) Unmittelbare.

1) Der Promittent muß leisten, was von ihm versprochen und vom Andern acceptirt worden ist.*) Dies entscheidet sich von selbst, wenn nach Zahl, Maß oder Gewicht contrahirt wurde. Ist aber ad corpus contrahirt, nämlich über ein Ganzes zusammen, und nur unter beiläufiger Angabe der Quantitäten ein Preis bedungen, so fragt sich, ob dann auch diese Quantitäten speciell gewährt werden müssen, oder dessenungeachtet das Geschäft nur als ad corpus (in Bausch und Bogen) geschlossen zu erachten sey?

2) Wer muß bei zweiseitigen Geschäften den Anfang mit der Erfüllung machen, und wie verhält es sich mit der exc. adimpleti contractus?

2a) Findet diese Einrede auch im Executivproceß statt?

3) Inwiefern können auch einem Dritten**) Rechte und Vor-

---

*) Die Behauptung Einiger, z. B. von Glück Thl. IV. S. 310. no. 3. und Mackeldey Lehrb. §. 186., daß die Verbindlichkeit des Promittenten aufhöre, wenn dem Promissar nichts mehr an der Erfüllung gelegen seyn könne, läßt sich wohl nicht vertheidigen, denn die l. 7. D. 19. 5. steht dem gerade entgegen, die dafür angeführte l. 38. §. 17. D. 45. 1. fordert aber nur für die Eingehung der Verträge ein Interesse. Die l. 8. §. 6. D. 17. 1. läßt die mandati actio nur dann wegfallen, wenn der Zweck auf andere Art als durch die Thätigkeit des Mandatars erreicht worden, oder sonst aus dessen Unthätigkeit kein Nachtheil erwachsen ist. Die l. 136. §. 1. D. 45. 1. erklärt sich aus dem Grundsatz, daß Prädialservituten nur vom Eigenthümer des Grundstücks erworben werden können; Schilling Lehrb. §. 260. Anm. h. Daß allen Verträgen stillschweigend die clausula: rebus sic stantibus zu subintelligiren sey, wird jetzt wohl Niemand mehr behaupten.

**) Als Dritter kann nämlich nicht derjenige betrachtet werden, welcher durch einen der Contrahenten rechtlich repräsentirt wird, oder mit ihm als Eine Person zu betrachten ist, oder wie der Universalfideicommissar im Verhältniß zum Erben ganz in dessen Stelle eintritt, l. 22. D. 13. 5. — l. 21. pr. D. 46. 1.; auch leidet es keinen Zweifel, daß Jemand sich etwas für sich und seine Erben,

theile aus einem Vertrag, welchem er nicht selbst beigetreten ist, erworben werden?*)

4) Kann bei einer obl. faciendi der Promissar nach Willkür auf die Leistung oder auch auf das Interesse klagen, oder ohne Wahl nur alternativ, und wenn auf die Leistung des factum geklagt ist, kann der Beklagte doch nur auf das Interesse verurtheilt werden?

5) Kann auf den Grund eines zweiseitigen Vertrags executivisch geklagt werden?

Zu 1) Viele unterscheiden hier, ob die Quantitäten nur demonstrationis oder ob sie taxationis gratia angegeben sind, und halten im ersten Fall die Eigenschaft eines in Bausch und Bogen geschlossenen Geschäfts durch Hinzufügung der Quantitäten nicht für geändert, woraus dann folgen würde, daß der Promittent ein etwaiges Minus nicht zu ergänzen, dagegen der Empfänger von dem etwaigen Plus nichts herauszugeben oder zu vergüten hätte. Diese auch vom Preußischen Landrecht Thl. I. Tit. XI. §. 122. adoptirte Meinung vertheidigt Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XVIII. Tit. I. §. 32., Leyser Vol. III. Sp. 206. med. 6. u. 7., Höpfner Instit. §. 869., Thibaut System §. 156. der ält. Ausg. (aber nicht mehr in den späteren, s. Ed. 8. §. 459.), Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 426., v. Quistorp rechtl. Bemerk. Th. II. S. 76. Aber richtiger scheint denn doch die entgegengesetzte Meinung, Struben rechtl. Bed. Bd. I. S. 225., Cocceji jus controv. Lib. XVIII. Tit. 1. Qu. 8., Pufendorf Obs. T. I. obs. 132. §. 3. u. 4., Glück Thl. XVI. §. 981. Wenn nämlich der Promittent blos demonstrative zu Werke gehen will, indem er blos zu mehrerer Bezeichnung, z. B. bei einem

---

oder einen seiner Erben giltig kann versprechen lassen; v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 608. Aber auch außerdem erstrecken sich in der Regel die Wirkungen der Verträge in activer und passiver Hinsicht auf die Erben der Contrahenten, mit Ausnahme jedoch solcher Verträge, welche sich auf ein blos persönliches factum oder ein höchst persönliches Recht (z. B. den Nießbrauch) beziehen; l. 13. C. 8. 38. — l. 2. §. 2. D. 45. 1. — l. 40. pr. l. 52. §. 1. D. 2. 14. — l. 59. l. 143. D. 50. 17.

*) Daß der Promissar selbst ein Klagrecht erlangt, wenn durch die Leistung an einen Dritten für ihn selbst ein Vortheil begründet wird, §. 20. J. 3. 20. — l. 38. §. 20—23. D. 45. 1. — l. 3. C. 8. 39., oder wenn er sich eine Conventionalstrafe für den Fall der Nichterfüllung bedungen hat, §. 19. J. 3. 20. — 38. §. 17. D. 45. 1., ist außer Zweifel.

nach seinen Grenzen beschriebenen Gut auch eine Morgenzahl hinzufügt, so mag er dies durch das Wörtchen „ungefähr oder beiläufig" thun, außerdem kann er nicht verlangen, daß die bestimmte Enunciation gewisser Größen als wirkungslos behandelt werde, da man in Verträgen kein Wort als bedeutungslos behandeln darf. Die Gesetze erklären eine solche Enunciation ohne Unterschied für verbindend; l. 2. pr. l. 4. §. 1. l. 6. pr. D. 19. 1. tenetur ex emto venditor, etiamsi agnoverit,*) minorem fundi modum esse; l. 38. pr. D. 19. 1. — l. 69. §. 6. D. 21. 2. Hieran ändert auch l. 13. §. 14. D. 19. 1.**) nichts, denn wenn in dem dort unterstellten Fall der Verkäufer, welcher das Grundstück in der Meinung, daß es wirklich so viel halte, auf 100 Morgen angegeben hatte, die durch Alluvion noch vor der Zumessung, welche nur 90 Morgen herausstellte, accrescirten 10 Morgen auf die versprochene Quantität in Aufrechnung bringen durfte, so hat dies seinen Grund darin, daß vor der Zumessung (antequam modus manifestetur) der Kauf noch nicht purificirt war, folglich der Vortheil des Zuwachses noch dem Verkäufer zu Gute kam; Glück a. a. O. S. 87. Non aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa, adpensa adnumeratave sint; l. 35. §. 5. D. 18. 1., s. auch Kap. IX. vom Kaufvertrag. V. d. Schließung desselben, zu Fr. 19.a.

Zu 2) Bei zweiseitigen Consensualverträgen kann es durch einen Nebenvertrag oder auch in gewissen Fällen durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht bestimmt seyn, daß der eine Contrahent vor dem andern leisten muß.***) Ist aber keine derartige Bestimmung vorhanden, so

---

*) Agnoverit hat hier den Sinn von ignoraverit; Glück a. a. O. Anm. 55.

**) Si Titius fundum, in quo nonaginta jugera erant, vendiderit, et in lege emtionis dictum est, in fundo centum esse jugera, et antequam modus manifestetur, decem jugera alluvione adcreverint, placet mihi Neratii sententia existimantis, ut si quidem sciens vendidit, ex emto actio competat adversus eum, quamvis decem jugera adcreverint, quia dolo fecit, nec dolus purgatur: si vero ignorans vendidit, ex emto actionem non competere.

***) Z. B. bei allen Personen-Transporten durch die Post, Eisenbahnen, Dampfschiffe, bei öffentlichen Schauspielen wird vorher bezahlt, ehe die Leistung erfolgt, umgekehrt bei Waarentransporten wird erst nach Ablieferung der Waare der Frachtlohn bezahlt; so auch bei Miethe und Pacht geht die Gebrauchsüberlassung vorher, l. 24. §. 2. D. 19. 2. und die Zahlung folgt, wenn nicht besonders Pränumeration bedungen ist, in periodischen Zielen, beim Kaufgeschäft aber muß der Käufer nicht (wie Scheurl im civil. Archiv Bd. XVII. no. 4. behauptet, s. dagegen Heerwart das. Bd. XVIII. no. 15. §. 3. u. Bd. XXIII. no. 9.) das Kaufgeld zahlen, ehe er die gekaufte Sache empfangen hat.

folgt nothwendig, daß jeder der beiden Contrahenten sogleich nach abgeschlossenem [und perfectem] Vertrag zur Leistung angehalten werden kann, daß also für einen Jeden die Forderung sogleich begründet und fällig, und demnach auch die Klage durch die bloße Perfection des Contracts vollständig fundirt sey; v. Savigny System Bd. V. S. 289., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 607. Dies vorausgesetzt scheint die Entscheidung der so vielfach ventilirten Streitfrage: ob die exc. non adimpleti contractus als eine wahre Einrede zu betrachten und geltend zu machen sey, ohne weiteres bejaht werden zu müssen, indem es einzig der Vertrag ist, auf welchen der eine Theil seine Forderung in Form der Klage, der andere seine Gegenansprüche im Wege der Einrede gründen kann. [So insbesondere Heerwart im civilist. Archiv VII. No. 18., XIV. No. 9. u. XVIII. No. 15. Dazu Puchta Pand. §. 232. u. Arndts Pand. §. 234.] Viele sind indessen anderer Meinung.*) Sie behaupten nämlich, zur Klagsbegründung genüge nicht der Vertrag allein, sondern der Kläger müsse auch die Thatsache für sich anführen, daß er seinerseits den Vertrag erfüllt habe. Da würde sich denn freilich der Widerspruch dieses Thatumstandes von Seiten des Beklagten zur negativen Litiscontestation gestalten. Allein wie kann man denn bei unstreitig gleichzeitiger Obligation beider Theile vom Kläger fordern, daß er mit der Leistung vorausgegangen sey? Genug, daß derjenige, welcher aus einer gegenseitigen Obligation als Kläger auftritt, eben damit schon bekennt, zugleich auch Schuldner geworden zu seyn. Hieraus folgt: 1) bei Klagen aus zweiseitigen Verträgen, denen zufolge die Contrahenten Zug vor Zug leisten sollen, ist dem Kläger, um nicht angebrachtermaßen abgewiesen zu werden, das Anführen, daß er seinerseits geleistet habe, oder doch zur Leistung bereit sey, nothwendig, indem er da nicht die Existenz seines Rechts begründen kann, ohne zugleich

---

*) v. Gönner Handb. d. gem. Proc. Bd. II. no. 34., Glück Thl. XVII. S. 229., Weber v. d. Verbindl. zur Beweisf. Bd. VI. S. 11. u. 27., Lange über die Einrede des nicht erfüllten Contracts, Regensb. 1829., Schenk im civil. Archiv Bd. XVII. S. 93. u. 242. Bd. XX. S. 427., Treitschke das. Bd. XXII. S. 278. u. 422., welcher dafür auch die Praxis im Königreich Sachsen bezeugt; Sintenis in Linde's Zeitschr. Bd. XVI. S. 254. Bd. XVII. S. 253. u. im Civilr. Bd. II. §. 97. Anm. 61., Steinfeld de defensione rei ex fundamento contractus non adimpleti oriunda. Marb. 1841. pag. 39., v. d. Pfordten in Seuffert's u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. III. S. 85. [Gegen Heerwart ist neuerdings wieder Fr. L. v. Keller in Bekker's Jahrb. IV. S. 338 ff., gegen diesen wieder W. A. Puchta ebendas. V. S. 94 ff. und zu beiden noch Bekker ebendas. S. 116 ff. zu vergleichen.]

die Existenz seiner Verpflichtung zu begründen; l. 13. §. 8. D. 19. 1. — l. 21. C. 2. 3. Fehlt es der Klage an dieser Anführung nicht, der Beklagte leugnet aber dieselbe, so ist darin blos eine negative Litiscontestation zu erkennen. 2) In den meisten Fällen nimmt aber die Einrede des nicht erfüllten Vertrags ganz den Charakter einer zerstörlichen Einrede an. Z. B. wenn der Beklagte behauptet, der Kläger habe noch mehrere außer den in der Klage und deren Beilage angegebenen, oder andere erst durch den Eintritt einer Bedingung oder sonstigen neuen Thatsache, oder durch Novation erwachsene Verpflichtungen nicht prästirt, oder die Leistung sey nicht vertragsgemäß nach Zeit, Ort und Qualität geschehen, oder — obwohl nicht eigentlich hierher gehörig — die übergebene Sache habe verschwiegene, nach gesetzlichen Vorschriften zu gewährende Fehler gehabt, oder im Vertrag bedungene obwohl in der Klage nicht ausdrücklich erwähnte Eigenschaften nicht gehabt, oder sie sey evincirt und dergl. s. Osterloh in d. Zeitschr. f. Rechtspflege rc. N. F. Bd. VII. S. 7. Niemals darf sich aber der Excipient mit einer generellen Aufstellung der Einrede begnügen, sondern muß genau angeben, welche Verbindlichkeiten der Kläger gehabt, aber unerfüllt gelassen hat; s. Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XI. S. 352. Bd. I. S. 397. Vergl. Seuffert's Archiv XI. No. 235. XII. No. 141. u. 283. XIII. No. 129. XIV. No. 14.

Zwischen der exc. non adimpl. contr. und non rite adimpl. contr. ist ein reeller Unterschied durchaus nicht zu finden (s. Puchta Pand. §. 232., Koch R. d. Ford. Bd. II. §. 118., Albrecht die Exceptionen S. 188., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 52. [§. 33.], v. Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. II. S. 190., Bornemann über die confessio qualificata mit einer Anwendung auf die exc. non rite adimpl. contr. §. 19., Glück Thl. XVII. S. 231., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 427.); vielmehr fallen die meisten Streitigkeiten dieser Art unter die Rubrik der exc. non rite adimpleti contr. weil, wie soeben bemerkt wurde, gewöhnlich der Streitstoff in einer Uneinigkeit über qualitativen oder quantitativen Umfang der dem Kläger obliegenden Leistung besteht. Nicht immer kann auch die exc. non rite adimpleti contr., welche immer in quali et quanto genau substantiirt werden muß, schlechthin die gänzliche Lossprechung des Beklagten bewirken; z. B. A. klagt gegen B. auf ein pactirtes Pachtgeld für das ihm pachtweise übergebene Gut; B. opponirt exc. non adimpleti contr., um die Verweigerung des Pachtgelds zu begründen, indem Kläger gewisse Nebenabreden wegen Herrichtung zweier

Keller und Ausbesserung des Wirthshauses nicht erfüllt habe. Dieser Einwand konnte ihn aber, nachdem er ungeachtet der unterbliebenen Vorleistungen doch das Pachtgut in Besitz genommen und sich dessen Nutzungen zugeeignet hatte, nicht berechtigen, das Pachtgeld schlechthin zu verweigern, sondern nur seine Gegenansprüche resp. Entschädigungsforderungen compensationsweise oder durch Klage geltend zu machen, l. 19. §. 3. l. 15. §. 1. u. 8. l. 24. §. 4. D. 19. 2., Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XVII. S. 235 Es kann nicht dem Beklagten implicite die Befugniß zuerkannt werden, das Empfangene zu behalten, und doch alle Gegenleistung zu verweigern; s. Entsch. d. geh. Ob.-Trib. in Berlin Bd. VIII. S. 232., Seuffert Pand.-R. §. 276., v. Quistorp rechtl. Bemerk. Th. II. S. 191.

Sind der Gegenstände oder der Contrahenten, welche zu leisten haben, auf einer Seite mehrere, so kommt es darauf an, ob die Leistung als eine zusammengehörige betrachtet werden könne, welcher die Gegenleistung im Ganzen entsprechen solle, oder ob für gewisse Theile der Leistung abgesonderte Theile der Gegenleistung verabredet sind. Im letzteren Fall muß man das Geschäft als ein Aggregat mehrerer einzeln für sich bestehender Verträge betrachten, es kann daher in diesem Fall nicht das Ganze der Gegenleistungen bis zum Ende sämmtlicher Leistungen zurückgehalten werden, und die Einrede des nicht erfüllten Contracts ist mithin alsdann nur auf jede einzelne Leistung ohne Verbindung mit den übrigen Leistungen des Klägers zu beziehen. Wenn aber ein Complex von Leistungen als ein Ganzes und Untrennbares einer Gegenleistung oder einem ebenfalls zusammengehörigen Ganzen von Gegenleistungen gegenübersteht, so muß erst in Rücksicht aller Leistungen des Klägers erfüllt seyn, wenn er die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht fürchten will; Schweppe a. a. O. Bd. III. §. 427., Heerwart im civilist. Archiv Bd. VII. no. 18. — Z. B. A. verkaufte an B. 12 Oxhoft Spiritus zu 14 Thlr. pr. Oxhoft. Nachdem er die Hälfte geliefert hatte, forderte er die verhältnißmäßige Zahlung, wogegen B. die Einrede des nicht vollständig erfüllten Vertrags opponirte, und wohl mit Recht; denn obgleich der Kläger sich auf l. 35. §. 5. D. 18. 1. — l. 29. l. 140. D. 45. 1. berufen zu können glaubte, so stand ihm doch entgegen, daß es sich in beiden letzteren Gesetzen von einer Stipulation, also von einem mit gewissen Feierlichkeiten verbundenen Verbal-, nicht aber von einem Consensual-Contract handelte, und in l. 35. nur ausgesprochen ist, daß da, wo die Quantität des Verkauften erst durch die Zuzählung, Zumessung oder Zuwägung constatirt werden soll, durch

diese erst der Contract zur Vollendung kommt; s. Linde's Zeitschr. N. F. Bd. VIII. S. 254. Die exc. non adimpleti contractus findet übrigens nur statt bei zweiseitigen, nicht bei einseitigen Verträgen. Z. B. ein Schuldner, welcher wegen eines auf Faustpfänder empfangenen Darlehns auf Zahlung belangt war, wollte, indem er behauptete, es sey ausgemacht worden, daß der Gläubiger die Pfänder an einem gewissen Ort verwahre, was aber derselbe nicht befolgt habe, die Folge begründen, daß der Pfandgläubiger so lange nicht klagen könne, bis er durch vertragsmäßige Aufbewahrung den Vertrag von seiner Seite erfüllt habe. Er konnte aber aus dem bemerkten Grund mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht gehört, sondern es mußte ihm blos überlassen werden, eine Klage (Widerklage) auf Erfüllung oder Schadenersatz anzustellen; Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. VIII. S. 317. — Ueber die exc. non adimpleti contractus gegen Klagen aus dem Gesellschaftsvertrag s. ebend. S. 397.

Zu 2a) Allerdings; man rechnet diese Exception gewöhnlich zu den anomalen Einreden, welche die Last des Beweises auf den Kläger devolviren, weil dadurch ein Umstand bestritten wird, der zum Grund der Klage gehört. Sie gehört zwar nicht zu den liquiden Einreden, aber indem sie die Forderung des Klägers illiquid macht, denn es muß ja erst ausgemacht werden, ob der Vertrag erfüllt, mithin die Klage begründet sey, steht sie auch einer Executivklage wirksam entgegen; s. Weiske Rechtslex. Bd. III. S. 744.

Zu 3) Wenn mehrere z. B. Boehmer Exerc. ad Pand. T. II. no. 28., Voet Comm. ad Pand. Lib. II. tit. 14. §. 12. a. E., Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 3. th. 3., Höpfner Instit. §. 738. es nur für eine h. z. T. unbrauchbare römische Subtilität ansehen, daß ein Dritter aus einem von Andern zu seinem Vortheil geschlossenen Vertrag nicht solle klagen können, l. 11. D. 44. 7. — l. 38. §. 17. D. 45. 1. — l. 73. §. 4. D. 50. 17. — l. 6. C. 4. 50. — l. 26. C. 5. 12., so kann man dem unmöglich zustimmen, da dieser Grundsatz tief im Wesen der lediglich durch Willensübereinstimmung zu begründenden Vertragsrechte beruht. Sowie ein Dritter durch das Versprechen eines Andern zu nichts verpflichtet werden kann,*) so kann ihm auch ein Recht aus Verträgen Anderer anders nicht erwor-

*) Daher z. B. wenn ich Jemanden für mich und einen Andern copulativ etwas verspreche, so gilt das Versprechen blos für mich, also nur zur Halbscheid; verspreche ich alternativ, für meine Person oder einen Andern, so bleibt die Verbindlichkeit ganz auf mir haftend, Nov. 115. c. 6. vergl. §. 4. J. de inutil. stipulat. (3. 19.) l. 110. pr. D. 45. 1.

ben werden, als insofern er durch seinen Beitritt oder durch seine Acceptation Theil am Vertrage nimmt; s. juridisches Archiv Bd. VI. S. 45., Göz rechtl. Entscheid. d. jurid. Facultät zu Altdorf S. 165., Thibaut System §. 463. (Ed. 8.) (welcher indessen noch eine gesetzlich nicht begründete Ausnahme bei einem zum Besten einer frommen Stiftung geschlossenen oder auch eidlich bestärkten Vertrag gelten zu lassen scheint), Bucher R. d. Ford. §. 16., Glück Thl. IV. S. 564. Ein wahres Wort ist es jedoch, welches der Schöppenstuhl in Halle in einem Urtheil v. J. 1826. ausgesprochen hat: „die Regel, daß Dritte, selbst wenn ausdrücklich für sie paciscirt worden, weil sie nicht selbst am Vertrage Theil nahmen, daraus kein Recht erwerben, hat so viel Ausnahmen, daß sie selten in Anwendung gebracht werden kann;" Emminghaus Sächs. Pand. S. 865. no. 2. Gesetzlich begründete Ausnahmen von vorstehender Regel sind:

I. wenn der Promissar ein eigenes Interesse dabei hat, daß dem Dritten ein gewisses Recht gewährt werde,*) §. 19. u. 20. J. 3. 20. Alteri nemo stipulari potest, sed si quis stipuletur alii, quum ejus interesset, placuit stipulationem valere. cf. l. 38. §. 20. l. 110. pr. l. 118. i. f. D. 45. 1. — l. 3. C. 8. 39. z. B. wenn der Verkäufer eines in Pacht hingelassenen Guts den Käufer verpflichtet hat, dem Pachter die Pachtjahre aushalten zu lassen, oder denselben zu entschädigen, so ist der Käufer auch gegen den Pachter verpflichtet, l. 9. C. 4. 65. emtorem fundi necesse non est stare colono, cui prior dominus locavit, *nisi ea lege emit* cf. l. 25. §. 1. D. 19. 2., Goez a. a. O. S. 169. — Wenn ein Ascendent eine dos bestellt, und die Rückgabe derselben an seine Tochter oder deren Kinder ausbedingt, so steht diesen eine actio utilis zu; l. 45. D. 24. 3. — l. 7. C. 5. 14. — l. 9. l. 23. D. 23. 4. — l. 45. §. 2. D. 45. 1. — So ist bei einer Modalschenkung, wo der Schenker ein Interesse an Erfüllung des modus hat, wenn nämlich eine Schenkung dergestalt errichtet wird, daß nach

*) Streng genommen würde zwar doch nur dem Promissar ein Recht erworben, l. 11. D. 44. 7. und der Dritte könnte es nur durch Cession von diesem erwerben, Sintenis Civilr. Bd. II. §. 102. S. 353. aber nach der gemeinen Meinung wird ihm ohne solchen Umweg eine actio utilis gegeben; Glück Thl. IV. S. 564. Thl. XXV. S. 371., Gottschalk Disc. for. T. II. Cap. V. pag. 46., Leyser Sp. 519. med. 4., Hommel Rhaps. Vol. I. obs. 248., v. Hartitzsch Entscheid. no. 440., vergl. v. Savigny System III. S. 94–98. — Ueber angebliche Vertragsschließung für e. Ungenannten u. deren rechtliche Wirkung, s. Günther rechtl. Bemerkungen S. 6.

Verlauf einiger Zeit das Geschenkte einem Andern herausgegeben werden soll, auch diesem selbst, wenn er gleich nicht stipulirt hat, actio utilis gegeben, l. 3. C. 8. 55., Struben rechtl. Bed. Bd. III. no. 11. Der Schenker hatte ja ein Recht gehabt, das Geschenk zurückzufordern, wenn der modus nicht erfüllt wurde, war also offenbar bei dem, was er zu bestimmtem Zweck aus dem Seinigen weggegeben hatte, interessirt; Entsch. d. G. O.-T. in Berlin N. F. Bd. IV. S. 73. — Wenn Jemand eine fremde Sache dem Andern zum Gebrauch oder in Verwahrung gibt, mit der Bedingung, sie dem Eigenthümer zu restituiren, so hat dieser eine actio utilis gegen den Empfänger; l. 8. C. 3. 42. Der Dritte, in dessen Namen man Geld auslieh und sich ein Pfandrecht bestellen ließ, erwarb die Schuld- und Hypothekenklage; l. 2. C. 4. 27.

Der Pfandschuldner konnte aus dem Wiedereinlösungsrechte, welches der veräußernde Gläubiger ihm ausbedungen hatte, gegen den Gläubiger klagen; l. 13. pr. D. 13. 7. cf. l. 7. §. 1. D. 20. 5. Der Käufer einer Erbschaft mußte die Legate voll auszahlen, ohne die quarta abzuziehen, wenn der Verkäufer es so bedungen hatte; l. 71. D. 35. 2.

Was man in Verträgen seinen künftigen Erben versprechen ließ, konnten diese einklagen; l. un. C. 4. 11.

Das constitutum des Besitzers einer fremden Erbschaft mit dem Schuldner war für den demnächst zum Besitz gelangenden wahren Erben klagbar; l. 21. pr. D. 46. 1.

Wenn ein Miterbe durch Vertrag mit seinen Miterben die Nachlaßschulden allein zu bezahlen übernahm, so ist dies, ohne daß die Creditoren an jener Uebereinkunft Theil nahmen, doch einer der Ausnahmsfälle, wo schon nach l. 38. §. 22. D. 45. 1. durch ein pactum in favorem tertii auch diesem eine Klage gewährt ist; Glück Thl. IV. §. 343., Mühlenbruch v. d. Cession (Ed. 2.) §. 10. u. 14.

II. Bedeutende Abweichungen von der Regel finden sich bei den germanischen Institutionen, insbesondere bei Gutsübergaben, bei welchen gewöhnlich dem Gutsübernehmer Leistungen an seine Geschwister auferlegt werden; Strippelmann Samml. Th. V. S. 57. So hat ein Plenarbeschluß des O.-Trib. in Berlin (Justizmininister.-Bl. v. 4. Decemb. 1846.) entschieden: wenn ein Vater in einem mit einem seiner Kinder geschlossenen Gutsüberlassungsvertrage einem andern Kinde eine Abfindung

gesetzt hat, so kann der Gutsübernehmer dem die Abfindung einklagenden Kinde nicht entgegensetzen, daß aus einem Vertrage, welcher den Vortheil eines Dritten zum Gegenstand hat, der Dritte nur unter der Voraussetzung ein Recht erlange, daß er an der Schließung entweder unmittelbar oder mittelbar Theil genommen hat, oder demselben mit Bewilligung beider Theile beigetreten ist; s. Beseler Lehre v. d. Erbvertr. Thl. II. B. I. S. 71. Die in Frage stehende Willenshandlung ist als eine väterliche Verfügung nach Art der divisio parentum inter liberos anzusehen. An dem Wesen dieser anticipirten Erbvertheilung wird dadurch nichts geändert, daß eines der Kinder dabei zugezogen wird, das andere nicht; die übrigen Kinder sind auch nicht dritte Personen, deren Vortheil Gegenstand eines zwischen anderen Hauptparteien geschlossenen Vertrags ist, da vielmehr alle Kinder sich als gleichberechtigt darstellen.

Das O.-A.-G. zu Cassel gesteht ausnahmsweise dem Dritten eine actio utilis zu:

1) bei Kaufverträgen, wenn der Käufer Verbindlichkeiten hinsichtlich der auf der verkauften Sache haftenden Schulden übernimmt, oder in Rechtsverhältnisse einzutreten sich verpflichtet, welche in irgend einer Beziehung zur verkauften Sache zwischen dem Verkäufer und einem Dritten bestanden, überhaupt

2) bei Verträgen, worin der eine Contrahent dem andern verspricht, für ihn eine gewisse Schuld an einen Gläubiger zu entrichten;

3) bei Pachtverträgen, wornach der Pachter einem Vorgänger die durch Bestellung der Ländereien erwachsenen Kosten ersetzen soll;

4) bei Theilungsverträgen unter Eltern und Kindern, wovon schon vorhin gehandelt worden ist;

5) bei Verabredungen, nach welchen der eine Contrahent gewisse Auslagen an Dritte, welche aus dem Geschäfte erwachsen sind, bestreiten soll;

6) bei Ehepacten, wenn zu Gunsten der bei ihrer Errichtung nicht zugezogenen Kinder aus einer früheren Ehe bestimmt wird, daß denselben eines oder des anderen Theils etwas im Voraus bezahlt oder eine Leibzucht gewährt werden soll; vergl. Seuffert's Archiv XI. No. 133. 261.

7) bei Auszugs- oder Altentheils-Verträgen, wenn dem Guts-übernehmer zu Gunsten der Gläubiger der Gutsabtretenden oder abgefundener Verwandten Auflagen gemacht werden; s. Strippelmann Samml. Thl. V. S. 13.

Das A.-G. zu Bautzen erkannte (s. Wochenbl. f. Rechtsf. 1851. S. 409.): wenn beim Kauf eines Landguts von A. an B. gewisse dem C. zu gewährende Alimente als dem C. von B. zugesichert erwähnt werden, so bedarf es einer Acceptation des C. nicht, denn nach heutigen Rechtsprincipien ist sie von A. für C. mitbewirkt anzusehen; Gottschalk Discept. for. II. 5.

Von Rechten Dritter aus einem adquisitiven oder renunciativen Erbvertrage s. Bd. II. Kap. XIII. §. 201.

Ueberhaupt vergl. die Tüb. krit. Zeitschr. v. Mohl rc. Bd. VI. S. 407., ob Verträge zum Besten Dritter giltig seyen, wenn Derjenige, welcher sie schloß, ein eigenes anschlagbares Interesse rücksichtlich ihrer Erfüllung hat; Bauer resp. Vol. II. pag. 53. Stipulatio alterius favore facta quatenus obliget. cf. ibid. pag. 213., v. Hartitzsch Entscheid. S. 445., umfänglich v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 608. Vergl. Seuffert's Archiv XII. No. 142. 284. Anm. XIII. No. 131. XVI. No. 38. 182.

Zu 4) Ungeachtet der hierüber unter den Romanisten bestehenden Controverse (s. d. Citate bei Glück Thl. IV. S. 306. Anm. 64. u. 65., Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. X. S. 256., Sintenis das. Bd. XI. S. 20., Schilling Lehrb. f. Instit. Bd. III. S. 194.) dürften im neueren Recht und Proceß folgende Sätze kaum mehr zweifelhaft seyn: 1) der Promissar kann pure auf Leistung des Factums klagen; 2) er kann, wenn die Zeit, wo das factum erfolgen sollte, vorüber ist, l. 43. D. 5. 1. — l. 124. D. 45. 1., oder die Handlung nicht mehr ausgeführt werden kann, l. 68. §. 2. D. 18. 1. — l. 6. C. 4. 39., auch schlechthin auf das Interesse klagen; 3) die Condemnation in das zu liquidirende Interesse erfolgt auch im ersten Falle dann, wenn die directen Zwangsmittel nicht zum Zweck geführt haben; Seyfart deutsch. Reichsproceß Kap. XXXIII. und die bekannten Handbücher des Processes.

Zu 5) Die Mehrzahl der Processualisten neigt sich zur Bejahung der Frage, s. die Allegate in Elvers' Archiv f. prakt. Rechtsw. Bd. II. S. 164., vorausgesetzt, daß der Kläger die seiner Seits geschehene Vertragserfüllung urkundlich darthut; s. Seuffert's Archiv Bd. IV. S. 183., Wagner Grundz. d. Ger.-Verf. in Kur-

hessen S. 412. Doch ist dieser Grundsatz nicht auf Forderungen aus einem Gesellschaftsvertrage auszudehnen, s. Erk. d. O.-A.-Ger. zu Jena in Elvers' Archiv a. a. O. S. 168.

---

§. 244.

bb) Mittelbare Wirkungen.

1) Verpflichtung zur Gewährleistung.

α) wegen heimlicher Mängel.

Dig. XXI. 1. de aedilitio edicto et redhibitoria et quanti minor. Cod. IV. 58. de aedilit. act.

1) Wenn mehrere Sachen zusammen für einen Gesammtpreis gekauft worden sind, und nur eine einzelne mit geheimen Mängeln behaftet gefunden wird, kann dann der Käufer allesammt oder nur jene einzelne redhibiren?

2) Wie ist dann die dem Käufer gebührende Entschädigung zu berechnen, wenn nur ein einzelnes Stück als vitios redhibirt werden kann, oder nur eine der gerühmten Eigenschaften,*)

---

*) Daß der Verkäufer für seine dicta et promissa einstehen muß, ist außer Zweifel, er mag nun die gerühmten Eigenschaften wider besseres Wissen (dolose) oder nur irrig prädicirt haben (l. 43. pr. D. 18. 1. — l. 13. §. 3. D. 19. 1. — l. 17. §. ult. l. 18. §. 1. l. 38. §. 10. D. 21. 1., Schwarze u. Heyne Unters. prakt. wichtiger Materien no. 19.), und dabei ist auch kein Unterschied zu machen, ob das dictum et promissum gleichzeitig mit dem Abschluß des Geschäfts oder einige Tage vorher geschehen ist, l. 19. §. 6. l. 20. D. 21. 1., Gesterding in Linde's Zeitschr. Bd. VI. S. 3. Worin liegt aber der Unterschied zwischen den unverfänglichen Lobpreisungen, welche jeder Verkäufer anwendet, und den verbindenden Empfehlungen der Eigenschaften der Sache? Gewiß nur darin, daß jene sich im Allgemeinen bewegen, diese aber auf etwas Bestimmtes oder ad speciem gehen; l. 17. §. 20. l. 18. pr. D. 21. 1. So z. B. die unwahre Angabe des Alters oder der Abstammung bei Thieren, l. 31. §. 21. l. 37. D. 21. 1., oder wenn man alte Kleider für neue ausgibt, l. 45. D. 18. 1. Ea autem sola dicta sive promissa admittenda sunt, quaecunque sic dicuntur ut praestentur, non ut jactentur. Bemerkenswerth sind die Verschiedenheiten zwischen dem Civilrecht und dem Edict der Aedilen, Neustetel röm. rechtl. Unters. S. 155. u. 254., Gesterding v. d. Concurs der Klagen aus dem Edict der Aedilen mit der Klage aus dem

z. B. eine mit dem erkauften Gute verbundene Gerechtigkeit fehlt? [oder wenn mit der actio quanti minoris eine Preisminderung vom Käufer oder Tauscher verlangt wird?]

Kauf in Linde's Zeitschr. Bd. VI. S. 12. Nach Civilrecht hatte ursprünglich der Verkäufer für Fehler der verkauften Sache nur dann einzustehen, wenn er es besonders versprochen, oder wenn er dieselben wissentlich verschwiegen hat, wogegen die Aedilischen Klagen, wenn auch nicht auf Interesse und Schadenersatz, l. 13. pr. D. 19. 1. — l. 1. C. 4. 58., doch auf Zurücknahme der Sache, sowie auf Preisminderung schon dann vollständig begründet sind, wenn der Verkäufer gleich nichts von den Fehlern wußte, denn das Aedilische Edict fordert von ihm, daß er sie wissen solle, l. 1. §. 2. D. 21. 1., Glück Thl. XX. S. 163., und er muß sie sogar bestimmt anzeigen, denn es wird demjenigen zum dolus angerechnet, qui fallendi causa obscure loquitur vel insidiose obscura dissimulat; l. 43. §. ult. D. 18. 1. Die Erklärung des Käufers, daß er die Sache so verkaufe, wie er sie selbst besessen, ist nicht hinlänglich; l. 39. D. 19. 1. In der Folge wurde auch die act. emti dahin erweitert; l. 6. §. 4. l. 13. pr. §. 1. D. 19. 1. — In den Wirkungen zeigt sich die Verschiedenheit der beiderlei Klagen besonders darin, daß die act. emti regelmäßig nie auf etwas Anderes, als auf Schadenersatz gehen kann, nach dem Aedilischen Edict aber kann der Käufer redhibiren oder auch quanti minoris klagen. — Ganz verschieden sind die Verjährungsfristen, indem die act. emti 30 Jahre, dagegen die redhibitorische Klage 6 Monate und die Minderungklage 1 Jahr dauert; vergl. Fr. 9. Die Aedilischen Klagen fallen übrigens ganz hinweg, wenn der Gegenstand des Kaufs sehr geringfügig ist; l. 48. §. 8. D. 21. 1. Beim Verkauf fiscalischer Sachen kommt nicht das Aedilische Edict, sondern das Civilrecht in Anwendung; l. 1. §. 3. D 21. 1. Städte machen jedoch keine Ausnahme, l. 1. §. 4. ib., sowie auch nicht Sachen der Unmündigen; l. 1. §. 5. ib. Dafür, daß das Aedilische Edict auf bewegliche sowohl als unbewegliche Verkaufsgegenstände anwendbar sey, l. 1. pr. l. 49. l. 63. D. 21. 1. — l. 6. §. 4. l. 13. pr. D. 19. 1. — l. 4. C. 4. 58. — l. 21. §. 2. D. 19. 1., ist entschieden die gemeine Meinung; Glück a. a. O. S. 38., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 227. Anm. n., Thibaut civilist. Archiv Bd. V. S. 350., Unterholzner ebendas. Bd. VI. S. 74 ꝛc. u. 96. Die singuläre Meinung von Gans ebendas. Bd. II. S. 112., welcher die Wirksamkeit des Edicts auf Landgüter nebst ihren Accessionen und Pertinenzen auf Sclaven und Thiere beschränkt, und von Busch ebendas. Bd. XXVI. S. 225., welcher wenigstens die unbedingte Anwendung desselben auf andere Gegenstände bestreitet, ist wohl vollständig widerlegt in v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 609. sub V., desgl. Unterholzner a. a. O., Neustetel u. Zimmern röm. rechtl. Untersuch. S. 209., Thibaut a. a. O. Die alte, zuletzt von Westhof vindiciae communis doctrinae de act. redhib. ob vitium rei venditae minus principale haud competente adversus Feuerbachii objectiones, Helmstad. 1804. (vergl. v. Feuerbach civilist. Versuche Bd. I. no. 2.) vertheidigte Meinung, daß die act. redhib. nur wegen eines Hauptfehlers, wegen eines geringeren Fehlers aber nur act. quanti minoris stattfinde, ist von den

3) Wird der Käufer, wenn er nach bereits entdecktem Fehler eines einzelnen Stückes dennoch den Kaufcontract unterschrieben hat, dadurch seines Klagrechts verlustig?

4) Wie müssen die Fehler beschaffen seyn, um die redhibitorische Klage zu begründen? und was gilt hinsichtlich des Beweises?

4a) Geht das ädilitische Edict auch auf andere Verkaufsgegenstände außer Sklaven und Vieh? (s. die Anm.)

5) Ist der Samenverkäufer für das Nichtaufgehen der verkauften Sämereien verantwortlich?

6) Kann ein Haus-, Kauf- oder Tausch-Vertrag aufgehoben werden, wenn das Haus von Wanzen inficirt ist?

7) Können vom Käufer bei der Redhibition eines nicht ganz unbrauchbaren Pferdes die Fütterungskosten gefordert werden?

8) Inwieweit ist der Verkäufer schuldig, dem redhibitionsberechtigten Käufer den Schaden zu ersetzen, welchen dieser sowohl als Folge des Geschäfts erlitten, als welcher ihm durch die Sache selbst zugefügt worden ist?

9) Binnen welcher Zeit muß die act. redhib. und quanti minoris angebracht werden, und was ist besonders im kaufmännischen Verkehr hierüber zu beobachten?

10) Wird die Verantwortlichkeit des Verkäufers durch die Uebereinkunft, für etwaige Mängel nicht stehen zu wollen, unbedingt aufgehoben?

11) Muß der Käufer, wenn Mehrere gemeinschaftlich verkauft haben, die redhibitorische Klage gegen die einzelnen Verkäufer

---

Neueren gänzlich verlassen. Auch der ususfructus an einer körperlichen Sache ist dem Aedilischen Edict unterworfen, l. 48. §. 6. D. 21. 1., auf den Verkauf unkörperlicher Sachen kann es wohl weiter nicht ausgedehnt werden; l. 4. D. 18. 4. — l. 74. §. 3. D. 21. 2., Schilling Lehrb. f. Inst. Bd. III. §. 293. Anm. l. Die Frage: ob das Aedilische Edict auch auf andere Verträge, als den Kaufcontract, anwendbar sey? ist bejahend entschieden in Bezug auf den Tauschcontract, l. 2. D. 19. 4. — l. 19. §. 5. D. 21. 1., v. Vangerow a. a. O. sub IV., negativ in Bezug auf die Schenkung und den Pacht- oder Miethvertrag, l. 62. u. 63. D. 21. 1. In Ansehung der übrigen Verträge schweigen die Gesetze, bewegen uns aber nach l. 63. cit. ad venditiones solas hoc Edictum pertinere mehr zur Verneinung, höchstens etwa die datio in solutum ausgenommen, nach Glück a. a. O. S. 40., Neustetel a. a. O. S. 214. Gegen Thibaut Syst. §. 493., daß bei den vom Edict ausgeschlossenen Geschäften die Contractsklagen dieselben Dienste thäten, Neustetel a. a. O. S. 215. Anm. 11.

theilweise anstellen? und kann von mehreren gemeinschaftlichen Käufern Einer für seinen Antheil redhibiren?

12) Insofern der Untergang des verkauften Gegenstandes die redhibitorische Klage dann nicht aufhebt, wenn derselbe ohne Schuld des Käufers erfolgte, l. 31. §. 11. u. 12. l. 38. §. 3. l. 47. §. 1. l. 48. pr. D. 21. 1., fragt es sich, ob der Redhibitorienkläger den Zufall, oder der Beklagte die Schuld des Klägers beweisen müsse?

13) Ist die Redhibition wegen eines der Sache anklebenden geheimen Mangels auch noch zulässig, wenn der Käufer bereits eine bedeutende Veränderung mit derselben vorgenommen hat?

Zu 1) Man muß hier verschiedene Fälle unterscheiden:

a) Die fehlerhafte Sache kann sich zur fehlerfreien wie Accessorium zum Principale oder umgekehrt verhalten. Ist nun die Hauptsache fehlerhaft, so kann immer auch die accessorische redhibirt werden, l. 33. §. 1. D. 21. 1., nicht aber im umgekehrten Fall, wenn die Hauptsache nicht, sondern nur die accessorische vitios ist; Westphal vom Kauf-, Pacht- und Miethcontract §. 489. Anders soll es sich zwar, wie Neustetel behauptet, alsdann verhalten, wenn neben der Hauptsache eine Nebensache ausdrücklich und in einer gewissen Güte versprochen ist. Wird da die Nebensache nicht, oder nicht in der versprochenen Güte geliefert, so soll der Käufer auch die Hauptsache zurückgeben können; Neustetel röm.-rechtl. Unters. Bd. I. S. 205. Allein die dafür angeführten Gesetzstellen l. 31. §. ult. l. 32. l. 33. D. h. t. sagen blos, daß und inwiefern auch fehlerhafte Nebensachen oder Accessorien der redhibitorischen Klage unterworfen seyen, aber nicht, daß um derentwillen auch die fehlerfreie Hauptsache der Redhibition unterworfen sey. So ist es auch

b) Regel, daß von mehreren zusammen um einen Gesammtpreis, oder unter besonderer Preisbestimmung für jedes einzelne Stück gekaufter Sachen nur die einzelne fehlerhafte redhibirt werden kann, wenn deren Trennung von den übrigen ohne Nachtheil möglich ist; l. 36. l. 38. §. 12—14. l. 59. §. 1. D. 21. 1.*)

---

*) Vorausgesetzt, daß die mehreren Sachen nicht eine universitas corporum und also quasi unum corpus ausmachen; Gesterding in Linde's Zeitschr. Bd. VI. S. 55

Vergl. Fick im Archiv f. Deut. Wechsel= u. Handelsr. VIII. S. 21 ff. 129 ff. Eine Ausnahme hiervon gilt aber,

c) wenn in der Natur der Sache ein Grund zu der Annahme liegt, daß die Absicht des Käufers dahin gerichtet war, die zusammen erkauften Stücke auch zusammen zu besitzen, und außerdem gar nicht der Wille zu kaufen bei ihm vorhanden gewesen wäre. Erhellt diese Beschaffenheit des Willens unzweifelhaft,*) dann können die sämmtlichen Stücke redhibirt werden, wenngleich nur einzelne fehlerhaft sind, und dann kommt auch nicht weiter in wesentlichen Betracht, ob der Preis für alle Stücke zusammen, oder für die einzelnen Stücke einzeln bestimmt war; l. 34. §. 1. D. 21. 1. Viele halten freilich das Erstere für das entscheidende Moment; sie behaupten nämlich, daß Einheit des Preises ohne Weiteres auch Einheit des Kaufobjects begründe, oder den präsumtiven Willen des Käufers involvire, die mehreren Gegenstände beisammen und keine einzelnen ohne die übrigen zu erhalten, so daß also, wenn mehrere zusammen um einen Gesammtpreis gekauft wurden, die Mangelhaftigkeit eines Stücks auch die Redhibition der übrigen nach sich ziehe, und Gesterding in Linde's Zeitschr. Bd. VI. S. 66. erklärt dies sogar für recepta sententia, s. auch Cocceji Jus controv. Lib. 21. tit. 1. Qu. 1., Glück Thl. XX. S. 66., jedoch S. 81. 2c. mit sich selbst in Widerspruch und Unterholzner im civilist. Archiv Bd. VI. S. 96. — Es fällt aber schwer, sich davon zu überzeugen; die l. 36. D. 21. 1., welche man dafür anführt, weist vielmehr, sowie l. 64. pr. ib., gerade auf das Gegentheil hin, nämlich: wenn mehrere Sklaven für einen einzigen Preis verkauft sind, und wir uns wegen eines derselben der redhibitorischen Klage bedienen sollten, so wird der Preis nach dessen Güte bestimmt, wenn für alle zusammen (confuse) der Preis festgesetzt war; war aber nach dem Stück verkauft, so wird der Preis auf so viel bestimmt, als nach der Zusammenrechnung auf ein Stück trifft, wenn auch eins besser als das andere seyn sollte. — Aus Zusammenhalt der l. 64. pr. und des §. 1. scheint nur soviel hervorzugehen, daß, wenn des

*) Ist sie nicht bestimmt zu erkennen, dann freilich muß der Käufer die Vorsicht gebrauchen, seine Absicht, daß er die mehreren Stücke nur zusammen haben wolle, ausdrücklich zu erklären.

Käufers Intention und Interesse auf eine Mehrzahl gegangen ist, ihm dann, wenn mehrere Stücke fehlerhaft sind, auch an dem Besitz der übrigen nichts mehr gelegen seyn, und deshalb die Redhibition aller stattfinden kann, wogegen, wenn nur ein einziges Stück fehlerhaft ist, sich kein Grund denken läßt, alle zu redhibiren; aber in der Einheit des Preises liegt nicht der Grund, im ersten Fall die Redhibition eintreten zu lassen, und im andern nicht, denn Einheit des Preises setzt ja die l. 64. pr. und §. 1. cit. in beiden Fällen voraus. Man beruft sich auch auf l. 28. §. 4. D. 24. 1., welche sich aber mit einer ganz anderen Frage beschäftigt und sehr gezwungen hierher gezogen scheint, oder auch auf l. 44. D. 18. 1. Si duos qui servos emerit pariter uno pretio, quorum alter ante venditionem mortuus est, neque in vivo constat emtio. Dies hat aber keinen Bezug auf die Redhibitionsfrage, und ist blos Folge des Grundsatzes: sine re, quae venit, nulla est venditio, l. 8. pr. l. 15. pr. D. 18. 1. In der Gesammtheit oder Einheit des Preises kann nach l. 34. §. 1. D. 21. 1. das entscheidende Moment nicht gefunden werden, sondern, wie Gmelin D. de singulari jure rerum plurium, quae non sine damno vel offensa pietatis separantur Tub. 1814. §. 9. bemerkt, darin, ut manifestum sit, non nisi omnes quem emturum vel venditurum fuisse. Damit stimmt überein Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 433. S. 148., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. (§. 384.) S. 437., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 404. no. 8., Thibaut Syst. §. 496. (Ed. 8.), Sintenis Civilr. Bd. II. §. 116. Anm. 118., Cujacius Tr. ad African. h. t. Op. T. I. p. 1371. etc. Die Evidenz jener Ansicht liegt vor: a) wenn der Mangel an einem der mehreren Stücke einen Einfluß auf den Werth der übrigen hat, besonders, wenn sie getrennt das nicht mehr sind, was sie in ihrer Vereinigung darbieten. Die Gesetze führen hiervon mehrere Beispiele an, als eine Gesellschaft von Schauspielern, einen Sängerchor, ein Paar Sänftenträger, ein Zwei- oder Viergespann u. dergl., l. 34. pr. l. 35. l. 38. §. 12—14. D. h. t. — l. 29. D. 45. 1. — b) wenn ein officium pietatis die Trennung verbietet, z. B. beim Kauf von Sklaven, wenn Brüder dadurch getrennt worden wären, l. 39. ib. — c) wenn Gefahr vorhanden ist, daß der an einzelnen Stücken hervorgetretene Fehler auch bei mehreren noch zum Vorschein kommen

möchte; z. B. ich habe eine Anzahl Stücke Vieh gekauft, der Verkäufer hat mir versprochen, daß alle ganz gesund seyen, und in diesem Vertrauen habe ich sie allesammt gekauft. Wenn nun aber bei einigen eine Krankheit oder ein anderer Fehler hervorgetreten ist, so berechtigt mich die Unwahrheit meines Verkäufers zur Besorgniß, daß ich auch in Ansehung der übrigen getäuscht seyn möge; ich kann daher sämmtliche Stücke redhibiren, besonders wenn die zum Vorschein gekommene Krankheit eine ansteckende ist; l. 64. §. 1. D. 21. 1., Gmelin l. c. pag. 22. Ein Großhändler hatte vom Beklagten 32 Ballen Lumpen gekauft, und klagte auf Redhibition, weil die fragliche Waare oder ein Theil davon eine nicht unbedeutende Beimischung von Sand oder Eisen oder sonstigen fremdartigen Dingen enthalten habe. Das O.=A.=G. zu Lübeck erkannte die Redhibition unbedingt für statthaft, weil das Geschäft des Sortirens und Reinigens dem Verkäufer obgelegen wäre, bevor er die Lumpen in Ballen oder Fässer einschlug; s. Seuffert's Archiv Bd. V. S. 139. Eine verkaufte universitas rerum kann auch eine solche seyn, welche ein blos ideelles Ganze ausmacht, z. B. eine Erbschaft, ein Peculium, ein Gutsinventar. Da hier kein *certum* corpus verkauft ist, so steht der Verkäufer nur für das Ganze; ist dieses überhaupt brauchbar, so kommt es auf die Fehlerhaftigkeit dieses oder jenes Stücks nicht an, wenn nicht auch für das einzelne zu stehen versprochen war; l. 33. pr. D. 21. 1., Glück Thl. XX. S. 63., Schilling Lehrb. Bd. III. §. 293. [Ueber die verschiedenen Meinungen s. Fick a. a. O. S. 129 ff. Dazu Seuffert's Archiv XII. No. 234.]

Zu 2) Ist der Preis Stück für Stück oder auch für jedes Stück einzeln bestimmt, so hat es keine Schwierigkeit, denn die Sache verhält sich dann nicht anders, als wenn lauter einzelne Käufe geschlossen wären, indem lauter einzelne Kaufswerthe vorliegen; ist aber der Preis im Ganzen festgesetzt, so muß die fehlerhafte Sache besonders taxirt werden; l. 36. l. 64. D. 21. 1. Die Glosse zeigt hier folgenden Weg vor: man vergleiche den Kaufpreis des Ganzen mit dem wahren Werthe jeder einzelnen Sache, den sie zur Zeit des geschlossenen Kaufs gehabt hat. Dann mittle man den Preis der zurückgegebenen fehlerhaften Sache aus. Nun kann die Sache über oder unter ihrem wahren Werthe verkauft worden seyn; z. B. zwei Pferde wurden um 12 Carolins verkauft, welche 18 Carolins werth

waren. Da nun also der Käufer um $1/3$ wohlfeiler gekauft hat, so werden ihm auch nur 8 Carolins vergütet, wenn gleich das fehlerhafte Pferd 12 Carolins werth war. So auch umgekehrt, wenn die für 18 Carolins gekauften Pferde nur 12 Carolins werth waren, so wird der Preis, welchen der Verkäufer dem Käufer zu ersetzen hat, nicht nach dem geringeren Werthe, sondern nach dem höheren Kaufpreise bestimmt; s. Glück Thl. XX. S. 83. Diese Methode hält jedoch Sintenis Civilr. Bd. II. §. 116. Anm. 122. für gekünstelt und willkürlich, und schlägt dagegen, um den Käufer auch für den Profit, den er bei der vorausgesetzten fehlerfreien Beschaffenheit der Sache erzielte, zu entschädigen, folgenden Weg vor: „Sind mehrere Sachen gleichzeitig um einen gemeinschaftlichen Preis verkauft, und die eine von ihnen nachher fehlerhaft befunden worden, so ist, behufs der Minderung des Preises für sie, der Werth sämmtlicher Sachen unter Voraussetzung der fehlerhaften als fehlerfrei zu taxiren, auf diese letztere der verhältnißmäßige Antheil des Kaufpreises auszuwerfen, dann die fehlerhafte als besonders zu taxiren, und die Differenzquote zwischen der Taxe der fehlerhaften und der fehlerlosen Sache mit dem Preisantheil in Verhältniß zu bringen; die Differenzquote des Preisantheils ist dann die Summe, welche in Anspruch genommen werden kann."

[Bähr im Hess. Arch. f. pract. Rechtsw. VII. S. 67. führt aus: „Wenn nach den Grundsätzen der actio quanti minoris auf Minderung des Preises für eine erkaufte Sache, z. B. für ein Pferd geklagt wird, so kann die Berechnung nur in der Weise geschehen, daß die Schätzer den relativen Werth des Fehlers, also den Bruchtheil bestimmen, um welchen der Werth des Pferdes, dieses als fehlerfrei gedacht, zufolge des vorhandenen Fehlers sich vermindert; ein diesem Bruchtheil entsprechender Theil des wirklichen Kaufpreises aber die vom Verkäufer zu erstattende Summe bildet. Die Sachverständigen werden also zu erklären haben: zufolge des Fehlers ist das Pferd nur $2/3$, $3/4$ rc. desjenigen werth, was es in fehlerlosem Zustande werth wäre; und danach würde $1/3$, $1/4$ rc. des Kaufpreises die Summe bilden, welche dem Verkäufer in Abzug käme. Da aber zu einer derartigen Abschätzungsweise schon ein gewisser Grad von Abstraction gehört, so ist es practisch rathsamer, die Schätzer sowohl den Werth des fehlerfrei gedachten, als des fehlerhaften Pferdes in festen Summen abschätzen zu lassen. Stimmt die erstere Summe mit dem wirklichen Kaufpreis überein, dann drückt die Differenz beider Summen auch den Minderwerth aus. Ist dagegen der Kaufpreis

höher oder geringer als der abgeschätzte Werth der als fehlerlos gedachten Sache, dann bedarf es einer Verhältnißberechnung. Hätten also die Schätzer gesagt: das Pferd würde ohne Fehler 100 werth seyn; mit dem Fehler ist es nur 60 werth; der Fehler begründet also einen Minderwerth von 40; so würde, wenn der wirkliche Kaufpreis nicht 100, sondern nur 80 betrüge, folgende Proportion:

$$100 : 40 = 80 : X$$
$$X = 32$$

und wenn der Kaufpreis 120 betrüge, die Proportion

$$100 : 40 = 120 : X$$
$$X = 48$$

die Summe erkennen lassen, welche der Verkäufer zu erstatten hätte, und welche im ersteren Falle den in abstracto abgeschätzten Minderwerth nicht erreichen, im zweiten aber denselben übersteigen würde."

Ueber die Berechnungsmethode beim Tausch wird dann hinzugefügt: „Werden bei der Abschätzung, welche der Berechnung des Minderwerthes zu Grunde gelegt werden soll, beide Tauschgegenstände, diese als fehlerfrei gedacht, gleich hoch geschätzt, dann macht sich Alles wieder sehr einfach. Schwieriger aber wird die Berechnung, wenn die Schätzung der als fehlerfrei gedachten Tauschgegenstände auf verschiedene Summen hinausläuft." Hierüber, sowie über den weiter complicirten Fall, da bei dem Tausch von einer Seite eine Zugabe in Geld zugesagt oder geleistet ist, entwickelt Bähr auf S. 70 ff. empfehlenswerthe Grundsätze.]

Zu 3) Man kann nicht behaupten, daß sich der Käufer dadurch präjudicirt habe, denn es steht ja in seiner Willkür, zu redhibiren oder Preisminderung zu verlangen;*) l. 18. pr. D. 21. 1. — l. 25.

*) Dieses nach Uebereinstimmung aller neueren Rechtslehrer unstreitige Wahlrecht des Käufers soll zwar nach der Meinung Einiger insofern eine Modification erleiden, daß, wenn dem die Preisminderung fordernden Käufer eine sehr bedeutende Vergütung geleistet werden müßte, aber doch der Gegenstand selbst ihm keinen Nutzen gewährt, aus Gründen der Billigkeit dem Verkäufer gestattet seyn müsse, die Vergütungsforderung durch Zurücknahme der Sache selbst abzuwenden; l. 43. §. 6. D. 21. 1. — cf. l. 25. §. 1. D. 44. 2., v. Hartitzsch Entscheid. no. 272. Es verhält sich aber damit eigentlich also: Möglicherweise stellt Jemand die Minderungsklage an, wo er die redhibitorische anstellen konnte, wenn er sich nicht etwa an der ihr so eng gesetzten Zeit versäumt, oder wenn er gleich anfangs das Uebel in seinem ganzen Umfange erkannt hätte; ist nun die Sache dem Käufer gar nichts werth, und wird durch die in Folge der Minderungsklage erhobene Schätzung der bezahlte Preis gänzlich aufgehoben, so daß ebensoviel als empfangen zurückgegeben werden muß, so muß

§. 1. D. 44. 2., Schwarze u. Heyne Untersf. prakt. wichtiger Materien S. 336. (Ed. 2.)

Zu 4) Es wird erfordert:

a) Ein solcher Fehler, welcher die Brauchbarkeit der Sache nach der Natur und dem Inhalte des Vertrags ganz aufhebt, oder vermindert.*) Es kommt daher auch ein vorübergehender heilbarer Fehler in Betracht, wenn er nur nicht ganz unbedeutend ist; Unterholzner im civilist. Archiv Bd. VI. no. 3., l. 1. §. 7. u. 8. l. 4. §. 6. l. 10. §. 2. l. 11. D. 21. 1. — [Wegen juristischer Fehler steht die Wandelungsklage nicht zu: Seuffert's Archiv XI. No. 221. Das Nichtvorhandenseyn einer vom Käufer vorausgesetzten Realservitut ist kein Fehler im Sinne des Edicts: Seuffert's Archiv XVI. No. 104.] In Ansehung der Thierkrankheiten ist darüber meistens durch einzelne Landesordnungen, Marktordnungen ꝛc. Bestimmung getroffen,**) deren Verschiedenheit nicht gestattet, etwas Gemeingiltiges auszusprechen. Einige Fehler sind als nicht edictmäßig besonders aufgeführt in l. 4. §. 5. l. 9. l. 10. §. ult. l. 6. §. 2. l. 7. l. 14. §. 3. u. 7. l. 11. l. 12. §. 1. 2. 4. D. 21. 1. Bei den besonderen Verordnungen ist aber wohl darauf zu achten, ob sie die in ihnen aufgeführten Mängel dergestalt bezeichnen, daß nur sie als Hauptmängel oder die redhibitorische Klage begründend gelten sollen, oder nur exemplificative dieselben aufführen, wie z. B. das Preuß.

---

der Richter begreiflicherweise, indem er dem Käufer diese ganze Summe zuspricht, ihm auch die Zurückgabe der Sache auflegen; Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 273.

*) Die früher sehr verbreitete und daher auch in neuere Gesetzbücher, z. B. das Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. Art. 932., übergegangene Meinung der Praktiker, als könne die act. redhibitoria nur bei gänzlicher Unbrauchbarkeit, die act. quanti minoris aber nur bei verminderter Brauchbarkeit angestellt werden, ist von den neueren Rechtsgelehrten gänzlich aufgegeben. Ihren Ungrund hat vorzüglich v. Feuerbach civilistische Versuche Bd. I. S. 51. dargethan, und mit ihm stimmen überein Thibaut, Schweppe, Bucher, Zachariä, Koch und Glück Thl. XX. S. 119. Anm. 85—87., Unterholzner civilist. Archiv Bd. VI. S. 88.

**) s. Münter Roßtäuscherrecht Absch. II. §. 1., Mascov D. de redhibitione equorum. Goett. 1791., Ploucquet über die Hauptmängel der Pferde. Tüb. 1790., Hagemann Landwirthschaftsr. §. 394—398., Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. S. 26. Anm. 12., Heise u. Cropp jurist. Abhandl. Bd. I. no. 11. über Gewährleistung für Mängel nach germanischen Rechten S. 168., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 97.

Landrecht; Koch R. d. Ford. Bd. II. §. 130. Im letzteren Falle muß durch Gutachten der Sachverständigen entschieden werden, ob ein nicht besonders benannter Fehler oder eine Krankheit sich unter die Voraussetzungen des Aedilischen Edicts subsumiren lasse. Sowie nun im ersten Fall die Redhibition gewöhnlich bedeutend beschränkt ist, während nach dem Edict der Aedilen der Verkäufer auch sogar für Untugenden der Thiere, wenn er sie nicht angezeigt hatte, verantwortlich war, l. 4. §. 3. vergl. mit l. 38. l. 43. D. 21. 1., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 268. Anm. d., so steht es im zweiten Falle weniger sicher, insofern die Meinungen der Sachverständigen oft ganz verschieden sind, z. B. in Ansehung der Franzosenkrankheit des Rindviehes. Im Preußischen Landrecht ward sie früher nach dem Gutachten des Medicinaldepartements nicht, später aber zufolge eines Gutachtens der Professoren an der Thierarzneischule und eines Antrags der Gesetzcommission doch als ein Gewährsmangel erklärt; Mabihn Miscellen Bd. I. S. 60. In Rohlweg's Vieharzneibuch wird dieses Uebel für nichts weiter als eine Krankheit der Drüsen erklärt, welche zu einer übernatürlichen Größe ausgedehnt werden. Ob die im Oesterreichischen Gesetzbuch §. 925. als Hauptmangel erklärte Drüsenkrankheit, s. g. Stiersucht, dasselbe sey, steht dahin; Graumann über die Franzosenkrankheit des Rindviehes und die Unschädlichkeit des Fleisches solcher Thiere. Rostock 1784. In der Praxis scheint die Zulässigkeit der redhibitorischen Klage diesfalls angenommen zu seyn; v. Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. I. no. 65. S. 214., Lange über die Gewohnheit, die redhibitorische Klage bei den Franzosengeschwülsten des Rindviehes anzuwenden. Büzow u. Wismar 1786., Zangen Beitr. zum deutsch. Recht Th. II. S. 229.

b) Ein verborgener Fehler: Ob der in Rede stehende Fehler wirklich ein vitium latens war, muß durch Gutachten der Sachverständigen ermittelt werden; Glück Thl. XX. S. 50., Thibaut Syst. §. 494. (Ed. 8.) Darüber, daß solche Fehler, welche nur dem Auge des Kenners bemerkbar sind, unter die verborgenen Fehler zu rechnen seyen, ist man nun wohl einig; l. 14. §. 10. D. 21. 1. — l. 15. §. 1. D. 18. 1., Gesterding civilist. Archiv Bd. IV. S. 18., Glück a. a. O. S. 48. Wie aber, wenn der Käufer selbst ein Sachverständiger war? Voet Comm. ad Pand. Lib. XXI. tit. 1. §. 9. u. Glück a. a. O.

S. 50. meinen, wenn der Käufer selbst ein Mann vom Fach ist, verdiene er keine Entschuldigung. Gerade das Gegentheil behaupten Gesterding a. a. O. S. 22., v. Hartitzsch Entscheid. no. 9., Thöl Handelsr. Bd. I. §. 82. S. 261. In der Mitte läge folgende Ansicht: Wenn das Gesetz den Verkäufer verantwortlich macht für morbos vitiaque, quae quis ignoravit, vel ignorare potuit, und wenn man nicht behaupten kann, daß einem arte peritus nie ein Uebersehen oder ein Irrthum begegnen könne, so darf man höchstens mit Mevius ad Jus Lubec. Lib. III. tit. 6. Art. 15. no. 6. eine Vermuthung aufstellen, daß dem Kenner der Fehler nicht unbekannt geblieben sey. Diese einfache Präsumtion könnte aber nur zur Erleichterung des Beweises dienen, welchen der Verkäufer in allewege darüber zu führen hat, daß der Käufer den Fehler gekannt habe, sowie überhaupt über den Einwand, daß der Fehler augenfällig gewesen sey; Koch R. d. Ford. Bd. II. §. 130. — Die Streitfrage: ob die Finnen bei den Schweinen zu den verborgenen oder sichtbaren Fehlern gehören, hält Glück a. a. O. S. 50. für höchst unnütz, indem dies nicht von dem Richter entschieden, sondern von ihm nur der Beurtheilung der Sachverständigen überlassen werden könne. Während aber Glück a. a, O. selbst behauptet, daß vitia, welche nur der Experte entdecken könne, unter die latentia zu rechnen seyen, so scheint er hier in Inconsequenz verfallen zu seyn. Wie wir wissen, können allerdings Sachverständige die Finnen der Schweine entdecken, wenn sie dem Thiere den Rachen aufreißen, wo man sie wie große weiße Hirsekörner sehr genau unter der Haut liegen sehen kann, Krünitz Encyklopädie Th. XIII. S. 425., aber wer es nicht weiß, verfällt wohl nicht darauf; Stryck Us. mod. Pand. Lib. 21. tit. 1. §. 7.

Wenn die redhibitorische Klage von einem Käufer, welcher den Fehler kannte, nicht angestellt werden kann,*) so entsteht

*) Von dieser Regel gibt es gleichwohl eine Ausnahme: Der Käufer kann den Fehler wohl gekannt, aber sich dessen Abwesenheit ausdrücklich stipulirt haben, dann muß der Verkäufer dennoch dafür einstehen; l. 4. §. 5. D. 44. 4. Si quis fugitivum esse sciens emerit servum, et si stipulatus fuerit, fugitivum non esse, deinde agat ex stipulatu, non esse eum exceptione repellendum, quoniam hoc convenit. Indessen ist nicht zu übersehen, daß diese Gesetzstelle einen wandelbaren Fehler voraussetzt, denn gegen einen permanenten, gleichwohl dem Käufer bekannten Fehler läßt sich eine Stipulation,

die Frage, ob es, wenn ich durch einen Mandatar kaufe, auf mein Wissen oder auf das des Mandatars ankomme? Nach der Erklärung der Glosse und aller späteren Interpreten ist die Entscheidung der l. 51. §. 1. D. 21. 1. dahin aufzufassen: die Wissenschaft des Mandatars schadet auch dem Principal, und ihm ist dann nicht der Verkäufer, sondern nur sein Mandatar oder negotiorum gestor verantwortlich; l. 5. pr. D. 14. 4. — l. 22. §. 5. D. 40. 12. Ganz gewiß schadet aber dem Principal auch sein eigenes Wissen, denn wenn der mit dem Fehler unbekannte Mandatar gegen den Verkäufer klagen wollte, so würde seinem Bestreben, dem Principal einen ungerechten Vortheil zu verschaffen, die exc. doli entgegenstehen; Glück Thl. XX. S. 55. Wenn nun aber der mit dem Fehler unbekannte Mandatar des Käufers von seinem damit bekannten, daher der Redhibition unfähigen Principal nicht für den von ihm gemachten Aufwand Entschädigung erhalten kann, sollte er nicht dann gegen den Verkäufer klagen können? Diese Frage wird leg. cit. allerdings bejaht; Glück a. a. O. S. 56., Mühlenbruch Lehre v. d. Cession S. 119., Unterholzner civilist. Archiv Bd. VI. S. 74. Anm. 36.

c) Der Fehler muß schon zur Zeit des geschlossenen Kaufs vorhanden gewesen seyn.*) In Ansehung des hierüber vom Kläger zu führenden schwierigen Beweises ist in den meisten Particularrechten durch Feststellung einer Vermuthung fürgesehen, daß, wenn bei Thieren gewisse Krankheiten sich innerhalb einer gewissen Zeit zeigen, das Daseyn derselben schon zur Zeit der Uebergabe anzunehmen sey; Hagemann Landwirthschaftsr. §. 396. Außerdem wird zwar häufig eine Rechtsvermuthung, daß ein in 3 Tagen nach dem Kauf sich äußernder Fehler als ein solcher anzusehen sey, welcher schon zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden war, auf ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht gebaut, Wernher Obs. T. II. P. X. obs. 339., Berger Oecon. for. Lib. III. tit. 8. th. 6. no. 8.,

---

daß das Seyende nicht sey, wohl nicht denken; vergl. Unterholzner a. a. O. S. 266.

*) Daraus folgt bei Waarenversendungen, welche auf Gefahr des Bestellers gehen, daß die Verschlechterung nicht erst während des Transports die Waare betroffen haben darf, sondern zur Zeit der Absendung schon stattgefunden haben muß; l. 4. D. 22. 3. — l. 3. C. 4. 58., Thöl Handelsr. Bd. I. §. 85. S. 271., Schmidt hinterl. Abhandl. Bd. II. S. 23.

Hommel Rhaps. obs. 715., Curtius Sächs. Recht §. 1293., Höpfner Beitr. zur civilger. Prax. Bd. II. S. 62., Hagemann Landwirthschaftsr. §. 396., Stryck Us. mod. Pand. Lib. 21. tit. 1. §. 27., welchem jedoch von anderen Rechtsgelehrten die Anerkennung versagt wird, Thibaut System §. 192., Glück Thl. XX. S. 158., daher da, wo dessen Bestehen nicht unzweifelhaft ist, das Gutachten der Sachverständigen zu Hilfe genommen werden muß. Eideszuschiebung wird da, wo die Proceßgesetzgebung dieselbe nur als subsidiäres Beweismittel gelten läßt, beim Vorhandenseyn jenes ordentlichen Beweismittels nicht Platz greifen; s. Höpfner a. a. O. S. 63.

Zu 4 a) Ausdrücklich wohl nicht; aber ohne Zweifel ließ man auch bei anderen Sachen, wenn sie schadhaft oder unvollständig waren, die edictmäßige Verantwortlichkeit eintreten; l. 13. pr. D. 19. 1. — l. 6. §. 4. D. ib. — l. 49. D. 21. 1., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 268.

Zu 5) Er ist nur dann verantwortlich, wenn der Käufer beweist, daß das Nichtaufgehen einzig Folge einer demselben zur Zeit des Ankaufs eigenen Untauglichkeit gewesen sey. Dieser Beweis fällt dem Käufer umsomehr zur Last, als er durch Beaugenscheinigung des Samens die Qualität selbst prüfen und Proben damit anstellen konnte; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. XI. S. 117.

Zu 6) Wenn nicht kundbar (l. 48. §. 4. D. 21. 1.) an einem ganzen Orte, oder in einem einzelnen Hause die Wandläuse einheimisch sind, so muß die Frage wohl bejahet werden, v. Quistorp rechtl. Bemerk. Bd. I. S. 284., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 271., denn jeder Fehler ist als ein verborgener anzusehen, welcher erst durch vorgängige Untersuchung oder Erfahrung entdeckt werden kann, l. 1. §. 6. l. 14. §. 10. D. 21. 1., und auch solche Fehler, welche mit der Zeit durch anzuwendende Mittel gehoben werden können, stehen unter dem Edict; l. 6. pr. cit. Zur Vertreibung der ekelhaften Plage der Wanzen scheint aber noch nicht einmal ein souveränes Mittel entdeckt zu seyn. Dasselbe behauptet bei einer Hausmiethe zu Gunsten des Miethers Hommel Rhaps. obs. 332., Glück Thl. XVII. S. 482. Vergl. Seuffert's Archiv. XV. No. 115.

Zu 7) Die Juristenfacultät in Helmstädt legte in einem solchen Fall dem Kläger den Beweis der wirklich aufgewandten Fütterungskosten auf, und behielt dem Beklagten dagegen den Beweis vor, daß, wie oft und wozu der Kläger das Pferd im Laufe des über 4 Jahre

angedauerten Processes gebraucht habe, und wie viel, wenn zu dieser Zeit ein anderes Pferd wäre gemiethet worden, an Miethgeld zu bezahlen gewesen wäre. — Anderer Meinung war in letzterer Beziehung die Altdorfer Juristenfacultät. Sie ging von folgenden Grundsätzen aus: Da unstreitig feststand, daß das Pferd nicht zu allem Dienste, sondern nur zu manchen Arten der Verwendung unbrauchbar war, so müsse der Nutzen des beschränkten Gebrauchs in Anschlag gebracht werden, womit sich die Fütterungskosten compensiren; l. 30. §. 1. D. 21. 1. — l. 18. §. 2. D. 13. 6. cibariorum impensae naturali ratione ad eum pertinent, qui servum utendum accepit; Glück Thl. XX. S. 85. Darauf, wie oft der Käufer das Pferd habe brauchen mögen, könne nichts ankommen, denn der Käufer, welcher dem Verkäufer die Sache nicht ohne die davon genossenen Früchte*) zurückgeben darf, l. 61. §. 2. D. 47. 2., sey auch zur Erstattung solcher Vortheile verbunden, welche er aus der Sache ziehen konnte, und nur aus eigener Schuld zu ziehen unterließ; l. 23. §. 9. D. 21. 1., Glück a. a. O. S. 69., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 275. Es wurde deshalb vielmehr dem Kläger in Ansehung seiner die Fütterungskosten einbegreifenden Schadensliquidation der Beweis auferlegt: daß und wiefern das redhibirte Pferd entweder ganz unbrauchbar oder doch weniger brauchbar, als ein anderes unmangelhaftes Pferd dieser Art gewesen, folglich der auf dasselbe gemachte Fütterungs- und übrige Aufwand ganz oder zum Theil als ein durch diesen Pferdkauf erlittener Schade zu betrachten sey, wogegen dem Beklagten der Gegenbeweis nicht nur in Ansehung des vom Käufer wirklich gemachten, sondern auch des möglichen Gebrauchs des Pferdes billig vorbehalten bleibe; Goetz rechtl. Entscheid. d. jurid. Facultät zu Altdorf no. 8. Ganz den eben angeführten Präjudicien entgegen behaupten andere Rechtsgelehrte, Sintenis pr. Civilr. Bd. II. S. 617., Gesterding in Linde's Zeitschr. Bd. VI. S. 28. Anm. 2. mit Beziehung auf l. 30. §. 1. D. 21. 1., die Kosten des Unterhalts verkaufter Thiere werden nie vergütet, sondern gegen den Gebrauch compensirt. Die l. 30. cit. spricht aber nur vom Verkauf eines Sklaven aus, daß der Käufer, wenn er ihn gebraucht hat, nicht die ihm gegebenen Nahrungsmittel dem Verkäufer aufrechnen darf. Dies auch auf den Verkauf von

*) Uterque resoluta emtione nihil amplius consequatur, quam [non] haberet, si venditio facta non esset, l. 23. §. 1. D. 21. 1., daher man auch alle Accessionen und jeden durch die Sache selbst gemachten Gewinn, l. 1. §. 1. l. 43. §. 5. D. 21. 1., die Sache selbst aber unverändert zurückzugeben, auch omnem culpam zu prästiren hat.

Thieren schlechthin anzuwenden, scheint wegen der großen Unterschiede der Gebrauchszwecke und der Gebrauchsfähigkeit der Thiere von der Bedienung eines Sclaven gewiß bedenklich, und wenn man sich dafür auf die Gleichheit des Grundes beruft, welchen man darin sucht, daß das Gesetz kleinliche und weitläufige Beweisführungen abschneiden wollte, so scheint diese Unterstellung sehr willkürlich, welche Ackermann in d. Rechtssätzen N. F. Bd. I. S. 186. behauptet, und man dürfte, wie in einem Erk. d. O.-A.-G. zu Oldenburg, s. Seuffert's Archiv Bd. V. S. 142., geschehen, wenigstens dann eine Ausnahme gelten lassen müssen, wenn bei einer wegen schlechter Beschaffenheit der verkauften Sache unverhältnißmäßig geringen Nutzung dem Richter die Compensation unbillig und unangemessen erscheint.

Zu 8) Die Gesetze machen hier einen Unterschied: Allen sowohl durch die Sache selbst zugefügten, als in Folge des Geschäfts erlittenen Schaden muß der Verkäufer ersetzen, wenn er den Fehler wußte, oder ausdrücklich versicherte, daß er nicht vorhanden sey, l. 23. §. 8. l. 31. pr. l. 58. pr. §. 1. D. 21. 1., endlich wenn der allenfalls dem Verkäufer selbst unbekannte Fehler von der Art ist, daß die Abwesenheit desselben und die Integrität der Sache nothwendig zur wesentlichen Eigenschaft derselben gehörte, um das zu seyn, wofür sie dem Käufer war verkauft worden; l. 6. §. 4. D. 19. 1. Wenn etwa aus l. 13. pr. D. 19. 1. die Folgerung gezogen werden wollte: der ignorans venditor werde schon durch seine Unkenntniß des vorhandenen Fehlers von der strengeren Verantwortung befreit, s. Erk. d. O.-A.-G. zu Jena in Seuffert's Archiv Bd. VII. S. 31., so wäre die Nachsicht zu weit ausgedehnt, denn dann durfte er nach dem gleich folgenden §. 3. l. cit. nicht wenigstens dem Käufer versichern, daß der Fehler nicht vorhanden sey. Dem ist auch l. 45. D. 18. 1. nicht entgegen. Die Meinung Einiger, daß in keinem Falle das Interesse über den doppelten Werth der Sache hinausgehen dürfe, wie durch eine Verbindung der l. un. C. 7. 47. mit l. 11. §. 10. D. 19. 1. argumentirt werden soll (Westphal vom Kauf ꝛc. §. 524., Thibaut System §. 498. Ed. 8., Hufeland Lehrb. d. Civilr. Bd. I. §. 672. Anm. 2.), läßt sich mit den voranstehenden Gesetzen nicht vereinigen, und hat auch die Autorität der meisten Rechtsgelehrten gegen sich; Glück Thl. XX. S. 93. und die Allegate in Anm. 29. Durch die richtige Erklärung der l. un. C. 7. 47. fällt — wie oben im allgem. Theil des Obligationenrechts Kap. II. §. 218. gezeigt wurde — jene Meinung von selbst weg. — Diese Verbindlichkeiten des Verkäufers werden übrigens dadurch nicht aufgehoben, daß die

Sache bei dem Käufer ohne seine Schuld zu Grunde geht, z. B. das gekaufte Thier umkommt, l. 47. §. 1. l. 48. pr. D. 21. 1.

Zu 9) Es ist nicht mehr zweifelhaft, daß die act. redhibitoria nur 6 Monate,*) die act. quanti minoris aber ein Jahr dauere, welche Frist, auch wenn das dictum vel promissum früher geschehen wäre, doch erst von Zeit des geschlossenen Handels an zu rechnen ist, l. 20. D. 21. 1., wofern nicht eine verzeihliche Unkenntniß des Fehlers potestatem experiundi verhindert hat, oder ein Mangel so versteckt war, daß er innerhalb der gesetzten Zeit gar nicht zum Vorschein kam; l. 55. D. 21. 1., Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 274. Anm. x., Glück a. a. O. S. 156. Ist das dictum et promissum erst nach dem Abschluß des Kaufs gegeben, so läuft die Verjährung erst von der Abgabe dieses Versprechens an, l. 19. §. 6. D. 21. 1., und bei einem unter einer Suspensivbedingung geschlossenen Kaufe erst von der Zeit an, wo die Bedingung in Erfüllung gegangen ist; l. 43. §. 9. D. 21. 1.

Zweifelhafter ist, ob auch die Einrede der Redhibition derselben Verjährungszeit unterworfen sey? Die meisten Rechtslehrer sind aber hier der verneinenden Meinung zugethan; Reinhardt vermischte Aufsätze S. 141., Hufnagel Mittheilungen H. 2. S. 213., Unterholzner civilist. Archiv Bd. VI. S. 96. no. 7., Glück a. a. O. S. 162. und die Anm. 10. angeführten Schriftsteller: Hommel, Weber, Höpfner, Hufeland, Thibaut u. A., vergl. übrigens Bd. I. §. 19. Fr. 16. u. Fr. 23.

[Ueber das Handelsrecht vergl. A. D. Handelsgesetzbuch Art. 347—349.]

Ueber die Concurrenz der act. emti mit den ädilitischen Klagen besteht eine Controvers. Es fragt sich nämlich: 1) ob jene überall auch angestellt werden kann, wo diese Platz greifen, und umgekehrt? 2) ob die act. emti, wenn sie statt der ädilitischen Klagen gebraucht wird, nicht mehr ihrer eigenen langen Verjährungszeit, sondern der kürzeren der ädilitischen Klagen unterworfen ist? — Die erste Frage scheint zwar bejaht werden zu müssen, da der wesentliche Punkt der Verschiedenheit der beiderlei Klagen, daß nämlich die act. emti nicht, wie die ädilitischen Klagen, auch dann stattfand, wenn der Verkäufer den Fehler der Sache nicht kannte, nach l. 45. D. 18. 1. — l. 11. §. 7. l. 13. pr. §. 1. D. 19. 1. nicht mehr zu bestehen scheint. Da=

*) und zwar sex menses utiles, l. 19. §. ult. D. 21. 1., so daß es also auf die potestas experiundi ankommt.

mit sind indessen nicht alle Rechtsgelehrten einverstanden. Puchta Pand. §. 363. lehrt vielmehr: „Mängel der Sache können die act. emti begründen, wenn Eigenschaften fehlen, die ausdrücklich oder stillschweigend (wie beim Verkauf nach Probe) versprochen sind, oder ein dolus des Verkäufers nachgewiesen werden kann.“ Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. §. 402. Anm. 1. erkennt in den vorhin angeführten Gesetzstellen die Anwendung des gedachten Grundsatzes der Aedilen auf die civilrechtliche act. emti nur in den dort behandelten Fällen, aber nicht im Allgemeinen. Vorzüglich beachtenswerth sind die Bemerkungen v. Vangerow's Pand. Bd. III. §. 609. I., daß von der act. emti, insofern sie gegen den *venditor ignorans* angestellt wird, nur dann die Rede ist, wenn die verkaufte Sache gerade mit edictsmäßigen Fehlern (vitia corporis) behaftet ist, und wenn Fehler anderer Art vorliegen, die Contractsklage blos gegen den dolosen Verkäufer gebraucht werden kann, l. 1. §. 9. 10. l. 4. pr. §. 4. D. 21. 1. — l. 13. §. 1. D. 19. 1. — zu 2) Diese Frage wäre zwar, wie Stryck Us. mod. Lib. 21. tit. 1. §. 52. dafür hält, ganz gleichgiltig, wenn überall die act. emti gleichen Erfolg hätte, wie die ädilitischen Klagen, denn h. z. T. kommt es ja nicht mehr auf den Namen der Klage an; insofern aber nach den zu 1) gemachten Bemerkungen in den Voraussetzungen der beiderlei Klagen eine Verschiedenheit zugestanden werden muß, ist auch die verschiedene Verjährungsfrist von praktischer Bedeutung. Die vorherrschende und auch wohl richtigere Meinung ist: Da die Erweiterung der emti actio aus dem Edict der Aedilen in das Civilrecht übergetragen ist, so können auch die mit jenem verbundenen Zeitbeschränkungen nicht davon getrennt werden; Wernher sel. Obs. for. Vol. V. P. VIII. obs. 475., vorzüglich Bachov ad Wesenbec. Comm. ad Pand. Lib. 21. tit. 1. not. 10., Unterholzner im civil. Archiv Bd. VI. S. 60., Keller üb. d. Verh. des ädilit. Edicts zum Civilr. ꝛc. in Sell Jahrb. Bd. III. S. 86., v. Vangerow a. a. O.: „wo die Grundsätze des Edicts auf die act. emti erst übertragen worden sind, wo also diese Klage nach vorädilitischem Civilrecht gar nicht begründet war, da ist es gewiß consequent, auch die ädilitischen Verjährungszeiten bei der Contractsklage in Anwendung zu bringen, und demgemäß muß gewiß die act. emti, wenn sie gegen den ignorans venditor angestellt wird, auf den Zeitraum der ädilitischen Klagen beschränkt werden;“ vergl. Thibaut über Besitz u. Verjährung §. 50., Glück Thl. XX. S. 153., v. Hartitzsch Entscheid. no. 12., Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 8. §. 7. not. 7. Die Inconsequenz, welche die entgegengesetzte Meinung

mit sich führt, erhellt wohl auch deutlich aus l. 2. C. 4. 58. Nicht entgegen ist wohl auch Schweppe, indem er im röm. Privatr. Bd. III. §. 438., wenn die Civilklage angestellt ist, die Rücksicht auf die Verjährungsfristen der ädilitischen Klagen nur bei solchen Fehlern und solchen Contracten, welche das ädilitische Edict nicht kennt, auf die Seite setzt. Die entgegengesetzte Meinung hat neuerlich Dollmann in Seuffert u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. XI. no. 24. u. 25. (s. auch Schilling Lehrb. f. Institut. Bd. III. S. 429.) auszuführen sich bemüht, es ist ihm aber die überzeugende Darstellung v. Vangerow's ganz unbemerkt geblieben, durch welche auch Gesterding's Ansichten in Linde's Zeitschr. Bd. VI. S. 12. eine wesentliche Berichtigung erleiden.

Zu 10) Die Meinung Einiger, daß ein pactum de vitiis non praestandis generale den Verkäufer niemals, ein speciale aber nur dann, wenn es ohne dolus eingegangen ist, befreie, Günther Princ. jur. Rom. §. 970., ist in den Gesetzen nicht begründet, nach welchen eine Uebereinkunft zur Liberirung des Verkäufers vielmehr regelmäßig gilt, und seine Verantwortlichkeit nur durch einen hinterlistigen Vorbehalt dieser Art, während er doch das Daseyn der Mängel kannte, nicht aufgehoben wird; l. 14. §. 9. D. 21. 1. — l. 31. D. 2. 14., Neustetel röm. rechtl. Unters. Bd. I. S. 207., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 267., Schweppe a. a. O. Bd. III. §. 434., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. S. 437. (§. 386.), Schilling Lehrb. Bd. III. §. 294.

Zu 11) Ist die Sache von mehreren Verkäufern gemeinschaftlich und im Ganzen verkauft worden, so kann nach dem Edict der Aedilen, wenn man nicht gegen Alle zusammen klagen will, die Redhibition jedem Einzelnen, welcher den größten oder wenigstens keinen geringeren Antheil als Andere an der verkauften Sache hatte, in solidum geschehen, l. 44. §. 1. cf. l. 31. §. 10. D. 21. 1., und wenn die Verkäufer gleichsam mehrere Correalschuldner gewesen sind, kann Jeder auf das Ganze zur Zurücknahme angehalten werden; leg. cit. Ersteres soll zwar nach der Meinung Mehrerer nur ausnahmsweise bei den Sclavenhändlern verordnet worden seyn, Thibaut Syst. §. 496., Westphal vom Kauf §. 532., Hufeland Lehrb. §. 2014. Da aber der Grund der Billigkeit, welchen die Aedilen anführen, überall derselbe ist, so geht die gemeine Meinung auf Allgemeinheit; Glück Thl. XX. S. 111., Unterholzner a. a. O. S. 273. u. 279. Anm. e. Haben die Mehreren theilweise verkauft, so leidet es natürlich keinen Zweifel, daß gegen Jeden gesondert die Klage bezüg-

lich seines Theils gerichtet werde. — Hat ein Verkäufer mehrere Erben, so ist gegen dieselben nach Verhältniß ihres Erbtheils die Klage zu richten. Haben Mehrere vereint und im Ganzen eine Sache gekauft, so kann Keiner blos für seinen Antheil redhibiren, sondern Alle müssen einwilligen und einen gemeinschaftlichen Anwalt aufstellen. Wäre aber die Redhibition schon geschehen, oder durch einen unverschuldeten Unfall unmöglich geworden, so kann Jeder auf seinen Antheil am Kaufgeld und an den Zinsen, sowie an der weiteren Entschädigung klagen; l. 31. §. 5—7. D. 21. 1. Haben die Mehreren die Sache theilweise gekauft, so daß Jeder ein abgetheiltes Stück vom Ganzen erwarb, so klagt Jeder wegen seines Antheils; l. 31. §. 10. in f. D. 21. 1. Hat der Käufer mehrere Erben, welche redhibiren wollen, so müssen sie sich über die Redhibition einigen und einen gemeinschaftlichen Vertreter bestellen, denn auf eine theilweise Zurücknahme braucht sich der Verkäufer nicht einzulassen; arg. l. 31. §. 5. eod.

Zu 12) Da eine Schuld nicht vermuthet wird, und Einreden bewiesen werden müssen, so ist wohl unbedenklich dem Beklagten, welcher behauptet, daß der Kläger durch seine Schuld außer Stand sey, das Object zurückzugeben, der Beweis darüber aufzulegen; Gesterding in Linde's Zeitschr. Bd. VI. S. 36.

Zu 13) Nach Carpzov Dec. P. III. dec. 222. müßte da die Redhibitorienklage unbedingt hinwegfallen, weil die Sache durch ihre Veränderung aufgehört habe, dieselbe zu seyn, die sie war, dagegen Schilter Prax. jur. Rom. Ex. 34. no. 13. und Stryck Us. mod. Lib. 21. tit. 1. dies nur von einer wesentlichen Veränderung wollen gelten lassen. Gesterding a. a. O. S. 39. verweist hier auf die Lehre von der Specification, wenn nämlich die Sache in der Art umgestaltet ist, daß ihr die vorige Gestalt zurückgegeben werden kann, so hat dies keine weitere Folge, als daß der Käufer den vorigen Zustand wiederherstellen oder dem Verkäufer den Schaden vergüten muß; kann aber die vorige Gestalt nicht wiedergegeben werden, ist eine neue Sache mit neuem Namen aus der alten geworden, so muß die Redhibition wegfallen. Zur Erläuterung dient auch folgender Fall. Ao. 1844 wurde eine am Muldenstrome gelegene Wassermühle verkauft. Ao. 1846 klagte der Käufer auf Rescission des Kaufs, weil ihm vom Verkäufer verschwiegen worden war, daß Ao. 1795 ein Vorbesitzer der Mühle das Muldenwasser für 2200 Thlr. an N. unter gewissen precarischen Gestattungen verkauft habe, und daher der Mühle das Recht am Muldenwasser nicht zustehe. Der dagegen

erhobenen Einrede, daß der Kläger, nachdem er das Verhältniß hinsichtlich des verkauften Wassers erfahren, die Mühle im Besitz behalten und benutzt, auch um dem Mangel möglichst abzuhelfen, Veränderungen und Verbesserungen vorgenommen habe, wurde keine Folge gegeben, vielmehr erkannt, durch die vorgenommenen Veränderungen habe der Kläger das Recht nicht verloren, den Beklagten wegen des von diesem ihm verschwiegenen Mangels in Anspruch zu nehmen. Die Gesetze schließen den Anspruch des Käufers auf Redhibition nur dann aus, wenn er über die verkaufte Sache nach erfahrenem Mangel so disponirt hat, daß sie aufgehört, dieselbe Sache zu seyn, oder daß der Käufer nicht mehr sich im Stande befindet, sie zurückzugeben, l. 47. pr. D. 21. 1. — l. 29. §. 1. D. 21. 2., nicht aber auch schon dann, wenn sich der Käufer sonst als Eigenthümer geirrt hat, cf. l. 21. §. 1. l. 43. §. 8. D. 21. 1., oder wenn die Sache durch die Schuld des Käufers oder der Seinigen schlechter geworden ist, und daher nicht mehr im unveränderten Zustande zurückgegeben werden kann, welchenfalls der Käufer zwar den Anspruch auf Redhibition behält, aber den Verkäufer entschädigen muß; l. 1. §. 1. l. 23. pr. l. 25. pr. §. 1. D. 21. 1.; Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1848. no. 14.

[Ueber die Frage, ob die Wandelungsklage durch Weiterveräußerung des Kaufgegenstandes seiten des Käufers ausgeschlossen werde, s. Seuffert's Archiv V. No. 269., X. No. 149., XVI. No. 106.]

---

§. 245.

β) Wegen Eviction.*)

Dig. XXI. 2. de evict. et duplae stipulat. Cod. 8. 45. de evictionibus.

1) Haftet der Verkäufer einer universitas juris oder facti nur für Entwährung des Ganzen oder auch einzelner Stücke?

*) Der Begriff von Eviction ist streng dahin aufzufassen, daß die Sache dem Käufer durch einen unanfechtbaren Richterspruch abgenommen wurde; l. 17. C. 4. 49. — l. 51. pr. D. 21. 2. — l. 67. D. 46. 1. Er darf sie daher keinem Compromiß anvertrauen; l. 56. §. 1. D. 21. 2. Am wenigsten kann mit der eigenen Schuld noch ein Anspruch irgend einer Art an den Verkäufer bestehen; l. 55. pr. l. 56. §. 3. l. 63. §. 1. 2. l. 29. §. 1. l. 66. pr. l. 76. D. 21. 2. - l. 17. C. 8. 45.

2) Ist der Verkäufer eines Grundstücks jedenfalls evictionspflichtig für darauf haftende Realservituten, wenn er sie nicht angezeigt hat?

3) Was der Sache durch einen Zufall oder durch einen Machtspruch des Regenten oder durch vis major entzogen wird, ist bekanntlich kein Gegenstand der Gewährsverbindlichkeit; wie aber, wenn der Staat selbst der Verkäufer und zugleich derjenige ist, welcher den Werth des verkauften Objects durch eine neue Last, oder durch Entziehung eines früheren Vortheils schmälert?

4) Wird die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung durch zufälligen Untergang der Sache vor wirklich erfolgter Entwährung aufgehoben? oder dadurch, daß die Sache aus einem andern Grunde vom Käufer nicht erworben werden konnte?

5) Kann die Evictionsleistung auch dann gefordert werden, wenn die Sache aus dem Grund eines Retracts evincirt wurde?

6) Gilt das pactum de non praestanda evictione, und worin besteht die Wirkung desselben?

7) Gilt eine Ausnahme von der Evictionsverbindlichkeit auch dann, wenn der Käufer bei Schließung des Kaufs wußte, daß die Sache eine fremde, oder mit Ansprüchen eines Dritten belastet sey?

8) Inwiefern findet die bei allen onerosen Geschäften Platz greifende Evictionsverbindlichkeit bei Vergleichen statt?

9) Welche Verschiedenheit ist in der Verfolgung des Evictionsanspruchs zwischen dem, welcher aus einem Kaufvertrag, oder welcher aus einem Tausch, oder aus einem anderen Innominatvertrag erhoben wird, zu beachten?

10) Ist es nothwendig, daß die zur Salvirung des Evictionsanspruchs erforderliche Streitverkündigung*) gerichtlich geschehe?

*) Gegen die Ausdehnung der Verbindlichkeit zur Litisdenunciation auf andere Fälle, außer der Evictionsleistung, Dunze im civilist. Archiv Bd. X. S. 355. Der Bürge muß allerdings dem Schuldner litem denunciiren, wenn er belangt wird, Glück Thl. XX. S. 406., jedoch hat es der Gläubiger nach der richtigeren Meinung nicht nöthig, bei der Klage gegen den Hauptschuldner dem Bürgen den Streit zu verkünden; v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 428. (§. 380.). Auch braucht man dem Bürgen des Autors nicht den Streit zu verkünden; l. 4. pr. D. 21. 2. — l. 7. C. 8. 45., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 437., Glück a. a. O. S. 398.

11) In welchen Fällen kann sie unschädlich unterbleiben?

12) Inwieweit ist die Retention der schuldigen Summe wegen bevorstehender Eviction gestattet? wird dieselbe insonderheit durch Entsagung aller Einreden ausgeschlossen?

Anmerkung: Ob der Schenker zur Evictionsleistung verbunden sey? s. unten im besondern Theil Kap. I. §. 257. Fr. 5. Ueber den h. z. T. keiner Schwierigkeit unterliegenden Inbegriff der Eviction, wenn nur ein Theil evincirt worden ist, mit Rücksicht auf die duplae stipulatio, s. l. 64. D. 21. 2., Glück Thl. XX. §. 1122., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 610. Anm. 1., Neustetel im civil. Archiv Bd. VII. S. 207. — Ueber den Evictionsanspruch bei einer Erbtheilung s. Bd. II. Kap. VIII. §. 185. Fr. 11., wobei nur zu bemerken ist, daß Glück seiner dort angeführten im Thl. XI. S. 107. aufgestellten Distinction zwischen einer vom Erblasser unter seinen Kindern oder personis extraneis verfügten Theilung auch im Thl. XX. S. 185. treu geblieben ist. — Hinsichtlich der Evictionsverbindlichkeit wegen Mangels an dem vom Verkäufer versicherten Flächenmaß eines Fundus ist zu bemerken: nach den altcivilistischen Rechtsbestimmungen gehörte es zu den wesentlichen Verbindlichkeiten des Verkäufers, dem Käufer auch die Grenzen des Fundus anzuzeigen, fines demonstrare. Diese demonstratio finium hat dann das Uebergewicht über eine Angabe des geometrischen Flächeninhalts. Wird daher dem Käufer etwas abgestritten, was innerhalb dieser Grenzen liegt, so muß der Verkäufer dennoch Eviction leisten, wenn er z. B. 100 jugera angegeben hatte, und der nach dem abgestrittenen Theil noch verbleibende Ueberrest doch noch 100 jugera betrug, l. 45. D. 21. 2., Müller Lehre v. d. Eviction Th. I. S. 241., Hufnagel Mittheil. N. F. H. I. S. 314., cf. l. 10. C. 8. 45. Hinsichtlich des Inbegriffs und Umfangs der Evictionsverbindlichkeit ist wohl nicht nach Glück Thl. XX. S. 332. auf den Werth zu sehen, für welchen die Sache dem Evictus bei Schließung des Contracts überlassen wurde, sondern auf den Werth, welchen die Sache zur Zeit der Eviction hatte; l. 66. i. f. l. 70. D. 21. 2., Puchta Vorlesung Bd. II. S. 204., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 442., Mackeldey Lehrb. d. R. R. §. 370.

Zu 1) In Ansehung einer universitas juris ist es zweifelsfrei, daß der Verkäufer nur dann einzustehen hat, wenn das Ganze entwährt worden ist, l. 5. D. 21. 2. — l. 1. C. 8. 45. — l. 119. D. 50. 16. — l. 2. pr. D. 18. 4.; anders ist es, obwohl Manche, z. B. Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 398., Donell. Comm. ad l. 1. C. 8. 45., hier keinen Unterschied machen, bei der universitas facti, denn da handelt es sich nicht um ein bloßes nomen juris, um ein Begriffsganzes, welches unter allen Umständen seine Eigenschaft als ideales Ganzes fortbehält, und wie Papinian l. 50. pr. D. 5. 3. sich ausdrückt, etiam sine ullo corpore juris intellectum habet, z. B. Peculium, Erbschaft, wo die einzelnen Sachen, aus denen das Ganze besteht, aus der Benennung des Ganzen sich gar nicht erkennen lassen. Bei der universitas facti, z. B. einer Bibliothek, Viehheerde rc., handelt es sich vielmehr um ein certum corpus, §. 18. J. 2. 20. — l. 30. pr. D. 41. 3. est genus corporum, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subjecta. Da ist nur dieses zweifelhaft, ob die entwährten Stücke auch dann prästirt werden müssen, wenn das Ganze in Bausch und Bogen*) verkauft worden ist, oder nur dann, wenn die universitas auf eine solche Art verkauft wurde, daß Stück für Stück behandelt worden ist. Die richtige Meinung ist aber wohl, daß in beiden Fällen der Verkäufer einer universitas facti, wenn sie nicht gleichfalls als etwas Ideales zum Gegenstand des Vertrags gemacht ward, die Eviction zu prästiren habe. Der Zweifel, welcher in Ansehung des ersten Falles aus l. 36. D. 21. 2. geschöpft wurde, wird dadurch beseitigt, daß diese Stelle sich nur auf die Strenge der Stipulationsformen bezieht, dagegen l. 23. §. 1. D. 41. 3. — l. 79. pr. D. de legat. III. bestimmt für die Gewährsverbindlichkeit in bonae fidei judiciis spricht, Glück Thl. XX. S. 218. u. 236. Wenn auch die Kaufsverhandlung nicht speciell auf die einzelnen Stücke gerichtet war, so ist doch jedes zur Zeit des Contracts vorhandene zum Ganzen gehörige einzelne Stück mit verkauft worden, und in dem habere licere, welches der Verkäufer dem Käufer zu gewähren hat, begriffen; v. Hartitzsch Entscheid. no. 176., Thibaut Syst. §. 482. (Ed. 8.) und die in Anm. i. cit. Autoren.

Zu 2) Darüber ist wohl kein Zweifel, daß der Verkäufer alsdann haftbar ist, wenn er das Grundstück als frei von allen Lasten,

---

*) Ueber die Frage: wann ist der Kauf oder Pacht in Bausch und Bogen geschlossen anzusehen? s. unten besond. Thl. Kap. IX. Von Schließung des Kaufvertrags, zu Fr. 19. u. 19a.

uti fundus optimus maximusque,*) verkauft hat, l. 59. D. 18. 1. — l. 75. D. 21. 2. Auch darüber ist man einig, daß für Personalservituten der Verkäufer, wenn er sie nicht anzeigte, ohne Unterschied einstehen müsse; l. 66. pr. D. 18. 1. — l. 39. §. 5. l. 46. pr. D. 21. 2. In Ansehung der Prädialservituten aber sind für den gewöhnlichen Fall, wo dem Verkäufer wegen unterlassener Anzeige nicht gerade ein dolus zur Last gelegt werden kann, vielmehr dieselbe nur aus Unachtsamkeit unterblieb, die Meinungen sehr getheilt. Die geringe Zahl der Rechtsgelehrten, doch nicht ohne ausgezeichnete Namen, z. B. Thibaut Syst. §. 485., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 116. Anm. 145., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 610. Anm. 3., behauptet, daß für Realservituten der Verkäufer, außer dem Fall eines dolus oder eines besondern Versprechens, gar nicht verpflichtet sey.**) So auch Müller Lehre v. d. Eviction Th. I. S. 196. und Bekker in s. Jahrb. VI. S. 265. Die bei v. Vangerow a. a. O. angeführte reiche Literatur über diese Streitfrage beweist, daß fast alle älteren Rechtsgelehrten***) eine Verbindlichkeit des Verkäufers für den durch die Servitut entstehenden Minderwerth der Sache statuiren; den neueren dort angeführten Rechtslehrern, als Westphal, Neustetel und Zimmern, Gesterding, Kritz u. A., ist aber auch noch beizufügen: Glück Thl. XVI. S. 123., Koch R. d. Ford. Bd. II. §. 123., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 269. Anm. f., Schilling Lehrb. Bd. III. §. 294. — Nach allgemeinen Grundsätzen und nach der Analogie der Personalservituten, mit welchen die Realservituten dieses doch gemein haben, daß sie das volle Eigenthum schmälern, wird man sich geneigt finden, dieser Meinung beizutreten, für welche man aber auch sehr bestimmte Entscheidungen in den Ge-

*) Uti optimus maximusque esset, liberum esse significat (fundum), l. 90. l. 126. l. 169. D. 50. 16., cf. l. 59. D. 18. 1. — l. 75. D. 21. 2.

**) Für diese Meinung citirt v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 610. Anm. 3., irrig auch Mühlenbruch Pand. §. 400., denn dort heißt es vielmehr, übereinstimmend mit Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 443., Gesterding Ausbeute von Nachforsch. Bd. VI. S. 143. u. 174. — „wegen Nichtangabe der auf der Sache lastenden Prädialservituten ist er nur verantwortlich, wenn sie ihm bekannt sind.“ Dieser Fall ist aber nicht identisch mit dem Fall hinterlistiger Verschweigung, denn der Verkäufer kann ja auch aus bloßer Unachtsamkeit eine Servitut anzuzeigen übersehen haben.

***) Darunter auch Cocceji jus controv. Lib. 19. tit. 1. qu. 6. u. 7., welchen Glück Thl. XVI. S. 124. Anm. 40. nicht zu den Vertheidigern des Gegentheils zählen durfte, denn er sagt vielmehr: tenetur (venditor) saltem quanti minoris, quia emtor, si scivisset, forte emturus non fuisset.

setzen findet, l. 61. D. 21. 1. quotiens de servitute agitur, victus tantum debet praestare, quanti minoris emisset emtor, si scisset, hanc servitutem impositam,*) und l. 15. §. 1. D. 21. 2., nach der ziemlich allgemein und auch in der deutschen Uebersetzung des Corp. jur. Bd. II. S. 563. Anm. 56. angenommenen besseren Lesart, indem es statt servus vielmehr servitus heißen muß: si (servus) servitus evincatur, quanti minoris ob id praedium est, lis aestimanda est. Ebenso entscheidet l. 9. C. 4. 49. im Fall zu gering angezeigter Abgaben. Die Verbindlichkeit des Verkäufers, den Käufer auf die vorhandenen Servituten aufmerksam zu machen, ist wörtlich ausgesprochen in l. 1. §. 1. l. 39. D. 19. 1. Die Verletzung einer Verbindlichkeit muß aber doch einen Rechtsnachtheil zur Folge haben, und da kann, wie auch aus l. 38. §. 3. D. 45. 1. hervorgeht, kein Unterschied zwischen Personalservituten und andern Realrechten seyn; si quis forte non de proprietate, sed de possessione nuda controversiam fecerit, vel de usufructu, vel de usu, *vel de quo alio jure* **) ejus, quod distractum est, palam est, committi stipulationem; habere enim non licet ei, cui aliquid minuitur ex jure, quod habuit. Gewährschaft muß hiernach geleistet werden, nicht nur, wenn das habere licere aufgehoben, sondern auch, wenn es gemindert oder beschränkt worden ist. Man kann also hiervon nur dann eine Ausnahme gelten lassen, s. l. 75. D. 21. 2., ***)

---

*) Die Gegner wollen diesen Gesetzstellen zwar keine Beweiskraft zugestehen, indem darin nach ihrer Meinung blos ausgesagt seyn soll, worauf die Klage im Evictionsfall zu richten sey, nicht aber unter welchen Voraussetzungen die Klage erhoben werden könne, v. Vangerow a. a. O., Schweppe a. a. O. S. 167. Anm. 3. Man kann aber in dieser Stelle keineswegs eine Instruction für den Kläger, sondern nur eine Bestimmung, was *quotiens* de servitute agitur, — also was jedenfalls — zu leisten sey, finden.

**) Man kann diese Worte in die deutsche Sprache doch wohl nicht anders übertragen, als: „wenn von welch immer für einem anderen entzogenen Recht die Rede ist;" wie kann man sie aber dann nur vom Pfandrecht, Emphyteuse und superficies verstehen, wie v. Vangerow a. a. O. übereinstimmend mit Duaren, Noodt und Donellus will, und nicht ebensowohl auch von Realservituten, welche doch sogar in der ausdrücklich beigefügten ratio legis, ebenso wie in den Worten quo alio jure begriffen sind.

***) Es heißt hier: quod ad servitutes praediorum attinet, si tacite secutae sint et vindicentur ab alio, Quintus Mucius et Sabinus existimant, venditorem ob evictionem teneri non posse. Die Worte: si tacite secutae sint, will zwar v. Vangerow a. a. O. nicht in dem oben angedeuteten bisher angenommenen Sinn (Müller ad Struv. Ex. XXVII. th. 20., Schömann Handb. d. Civilr. Bd. II. S. 124 ff., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 269. Anm. f., Glück Thl. XVI. S. 125. und die

wenn die Servitut als stillschweigend mit übernommen angesehen werden kann, d. i. wo die natürliche Lage die Servitut von selbst mit sich bringt, und dieselbe von Natur vorhanden ist; aber eben deshalb wird das Gegentheil in der Regel gelten müssen, quia exceptio firmat regulam in casibus non exceptis. So sagt l. 39. cit., wenn der Verkäufer sich dahin verclausulirt hat: wenn Verpflichtungen zu Dienstbarkeiten auf dem Gute haften sollten, so hat sie der Käufer zu übernehmen, so schütze dies den Verkäufer nicht durchaus, denn diese Bedingung dürfe nur auf Servituten, welche dem Verkäufer unbekannt geblieben waren, bezogen werden, und habe nur dann Wirkung, wenn ihr keine betrügliche Absicht zu Grunde liegt, l. 1. §. 1. D. 19. 1. Daraus folgt doch wohl, daß der Verkäufer ohne diese Clausel sogar für die ihm unbekannt gebliebenen Servituten hätte haften müssen, weil er sonst nicht des Schutzes jener Clausel bedurft hätte.

Es läßt sich übrigens nicht leugnen, daß die entgegengesetzte Meinung, welche an v. Vangerow wohl ihren schärfsten Vertheidiger gefunden hat, ziemliche Gewichte in die andere Waagschale zu legen hat. Ihre Hauptstütze ist l. 59. D. 18. 1. Quum venderes fundum, non dixisti: ita ut optimus maximusque, verum est, quod Q. Mucio placebat, non liberum, sed qualis esset, fundum praestari oportere. Die Anhänger unserer Meinung finden aber in dieser Stelle kein erhebliches Bedenken, indem sie das qualis esset von der natürlichen Beschaffenheit des Grundstücks verstehen, wie oben das tacite sequuntur von solchen Servituten gebraucht ist, von welchen die Ge-

---

deutsche Uebersetzung des Corp. jur. Bd. II. S. 591. Anm. 112.), sondern vielmehr zu Gunsten seiner entgegengesetzten Meinung dahin auslegen: „wenn Servituten ohne ausdrückliche Erwähnung (tacite) übergegangen sind ꝛc." Dieser sehr gezwungenen Auslegung steht entgegen, daß die juristische Terminologie das tacite da, wo ihm eine rechtliche Wirkung zugeschrieben wird, immer nur von dem, was sich von selbst versteht, was schon in der Natur der Sache liegt, gebraucht, wie conditio tacita, legatum servitutis tacitum, z. B. wenn der Legatar zu dem ihm vermachten Grundstück nicht anders als mittelst einer Weggerechtigkeit über ein anderes Grundstück des Erblassers gelangen kann: si prope fundum tuum jus est mihi aquam rivo ducere, *tacita haec jura sequantur*, ut reficere mihi rivum liceat. Wir können daher auch nicht der von der Juristenfacultät in Marburg, s. Bremer Samml. 1850. S. 282. angenommenen Meinung beitreten, daß der Verkäufer selbst dann wegen einer nicht angezeigten Servitut haften müsse, wenngleich die natürliche Lage des Grundstücks diese Servitut von selbst und augenscheinlich mit sich bringt.

setze sagen, res naturaliter servit; s. Unterholzner a. a. O. Andere, z. B. Neustetel a. a. O. S. 156. u. 225., betrachten die l. 59. cit. als ein Fragment des älteren Rechts, welches sich nur stufenweise ausgebildet hatte, vom Zwölftafelgesetz — wonach der Verkäufer nur, was er ausdrücklich versprochen hatte, zu gewähren schuldig war — zu der Erweiterung der Verbindlichkeit, für Fehler, die er kannte, aber verschwieg, endlich überhaupt für Freiheit von Mängeln, diese mochten nun dem Verkäufer bekannt seyn oder nicht. Der Ausspruch des Celsus in l. 59. cit. wäre daher ein nur in historischer Hinsicht zu beachtendes Ueberbleibsel der von Labeo in l. 6. §. 4. D. 19. 1. verbesserten Theorie des Sabinus.*) Minder bedeutend sind andere von den Gegnern unserer Meinung angeführte Gesetzstellen, namentlich l. 66. pr. D. 18. 1.**), weil das viam, iter, actum, aquaeductum praestatum iri etc. dem gewöhnlichen Wortsinn nach nicht von Passiv-, sondern von Activ-Servituten zu verstehen ist; ferner l. 48. D. 21. 2., welche gar nicht geeignet ist, die Gewähr für Servituten allemal auszuschließen, wo nicht der fundus als optimus maximus verkauft ist. Am wenigsten möchte man dem Argument beizustimmen geneigt seyn, welches die Gegner für die Auffassung des Rechts in ihrem Sinn darin zu finden

*) Es scheint übrigens gar nicht nöthig, zu solcher Erklärung seine Zuflucht zu nehmen. Die l. 59. cit. sagt ja nichts weiter, als: wenn du deinen fundus nicht qua optimus maximus verkauft hast, so hast du ihn nur qualis esset zu prästiren, daraus folgt aber nicht, „daß du die den Werth vermindernden Qualitäten gar nicht zu declariren verbunden gewesen seyest;" und man kann dies nicht folgern, weil es mit andern bestimmten Gesetzstellen in Widerspruch stände.

**) In vendendo fundo quaedam etiamsi non condicantur, praestanda sunt, veluti ne fundus evincatur aut ususfructus ejus; quaedam ita demum, si dicta sunt, veluti viam, iter actum aquaeductum praestatum iri, idem et in servitutibus praediorum urbanorum. Im letzten Theil der Rede: veluti viam etc. sind daher gewiß nicht Personalservituten gemeint, aber auch nicht im ersten Theil, wie v. Vangerow a. a. O. S. 318. annimmt, um zu deduciren, daß hier die Personalservituten mit den Realservituten bezüglich der Verbindlichkeit, dem Käufer Anzeige zu machen, in Gegensatz gestellt seyen. Man kann dies schon deswegen kaum zugeben, weil von mehreren anderen Personalservituten, z. B. usus und habitatio, nicht dasselbe gesagt ist; überhaupt aber leuchtet ein, daß im ersten Theil der angeführten Gesetzstelle gar nicht von Servituten gesprochen ist. Es ist dort nur gesagt: das Eigenthum der verkauften Sache, und zwar das ganze Eigenthum, so nämlich, daß kein Anderer den Ususfruct davon hat, muß von selbst gewährt, irgend ein anderes anklebendes Recht aber müßte angezeigt werden, wenn der Verkäufer dafür stehen sollte.

glauben, daß Servituten etwas Gewöhnliches, worauf jeder Erwerber einer Sache rechnen müsse (Braun Erörter. zu Thibaut §. 182.), wohl gar auch nichts wesentlich Belästigendes seyen. Wer sich im Leben, oder auch nur in einer Proceß-Statistik umsieht, wird ganz anderer Meinung seyn. Es ist aber auch kein genügender Grund vorhanden, um mit Schweppe a. a. O. §. 443. anzunehmen, die Römer hätten die Realservituten als etwas zu Gewöhnliches angesehen, und daher keinen der Sache anklebenden Mangel darin gefunden. Es läßt sich nicht verkennen, welchen Werth die Römer auf einen fundus optimus maximusque legten. Wie hätten sie sonst selbst denjenigen Verkäufer, welcher sich gegen eine Evictionsverbindlichkeit vollständig verclausulirt hatte, dennoch wegen Betrugs verantwortlich erklären können, blos weil er mit seinem bestimmten Wissen nicht offen herausrückte? l. 69. §. 5. D. 21. 2. qui fundum tradit, et cum sciat, certam servitutem deberi, perfusorie dixerit, *intinera, actus, quibus sunt, ut ita sint,* recte recipit, et evictionis quidem nomine se liberat, sed, quia decepit emtorem, emti judicio tenetur. So wurde, wenn der Verkäufer selbst unbefugter Weise auf das Grundstück bei dessen Uebergabe eine Servitut gelegt hatte, derselbe genöthigt, sie dem Käufer wieder zu erlassen, l. 8. §. 1. D. 19. 1. Mit gleicher Wichtigkeit wurden die activen Servituten oder Dienstbarkeitsrechte behandelt. Nicht genug, daß der Verkäufer dafür einstehen mußte, wenn er sie versprochen hatte, l. 66. pr. i. f. D. 18. 1., sondern auch dann war er regreßpflichtig, wenn er ein dem Gute zustehendes und ihm bekanntes Dienstbarkeitsrecht unerwähnt gelassen hat, und nun dasselbe dem damit unbekannt gebliebenen Käufer durch Nichtgebrauch verloren ging; l. 66. §. 1. cit. [Das O.-A.-G. zu Lübeck hat sich dahin ausgesprochen: „Nach gemeinem Recht treten zwischen der Verantwortlichkeit des Verkäufers für blos passive Prädialservituten und seiner Gewährleistung für bedeutende dingliche Ansprüche dritter Personen an dem verkauften Grundstücke bestimmte Unterschiede ein. Wenn sich auch nicht behaupten läßt, daß der Verkäufer für solche Passiv-Servituten, die er weder wissentlich verschwiegen, noch deren Abwesenheit er ausdrücklich zugesagt hatte, in keinem Falle in Anspruch genommen werden könne, so bleibt doch soviel gewiß, daß diese Verantwortlichkeit im R. R. nicht den eigentlichen Evictionsfällen gleichgestellt, sondern als eine beschränktere behandelt worden ist. Diese abweichende Behandlung der Prädialservituten hat denn auch sehr klare innere Gründe für sich, nicht nur, weil solche Nachbarverhältnisse zumal bei nahe zusammenliegenden städtischen Gebäuden, etwas

so Gewöhnliches sind, daß jeder Käufer dieselben zum Voraus erwarten mußte, und es daher sich selber beizumessen hat, wenn er darüber nicht schon bei Abschluß des Kaufcontracts nähere Erkundigungen einzog, — sondern auch deshalb, weil in manchen Fällen der Nachtheil solcher Servituten für das dienende Grundstück so geringfügig ist, daß sie zu einem Regresse gegen den Verkäufer überall keine genügende Veranlassung geben können." Seuffert's Archiv XI. No. 28. Dazu ebendas. No. 222. XII. No 258. XIV. No. 127. 217.]

Von dem im Allgemeinen von den meisten Rechtsgelehrten anerkannten Grundsatz, daß ein Verkäufer durchaus verbunden sey, die passive auf dem Grundstück haftenden Servituten dem Käufer anzuzeigen, oder, wenn er es unterließ, ihn für den dadurch entstandenen Minderwerth des Grundstücks zu entschädigen, machen einige Rechtsgelehrte, namentlich v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 426. (§. 379.), Mühlenbruch Lehrb. Bd. II. §. 402. u. Anm. 12., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 443., alsdann eine Ausnahme, wenn der Verkäufer selbst nichts von der bestehenden Servitut wußte. Die dafür anzuführende l. 21. §. 1. D. 19. 1. sagt dies blos von Abgaben, welche dem Verkäufer, etwa weil es ein erbschaftliches Grundstück war, unbekannt geblieben waren, dagegen macht ihn l. 9. C. 4. 49. ohne Unterschied dafür verantwortlich, wenn er, es sey nun wissentlich oder unwissentlich, die Abgaben zu gering angegeben hat, und auch l. 41. D. 19. 1. verpflichtet ihn ganz indistinct. — Wenn der Verkäufer sich von der ihm obliegenden Haftung damit hätte losmachen können, daß ihm selbst die bestehende Servitut unbekannt geblieben sey, so wäre ja die hin und wieder in den Gesetzen, z. B. l. 1. §. 1. l. 39. D. 19. 1. — l. 69. §. 5. D. 21. 2. mit der Bedeutung rechtlicher Wirksamkeit vorkommende Verwahrung, falls etwa eine ihm nicht wissentliche Servitut sich hervorthun sollte, ganz zwecklos und überflüssig gewesen; Schilling a. a. O. Bd. III. S. 392. Anm. u.

Zu 3) Solche Erscheinungen kommen gewöhnlich in Folge von Veränderungen in der Gesetzgebung vor; z. B. der Fiscus verkauft ein Domainengut zur Zeit, wo noch Umgelds- und Steuerfreiheit für eine gewisse Klasse von Gütern bestanden hatte, in der Folge aber wird allgemeine Gleichheit der Belegung zum Grundgesetz, welchem nun auch dieses Gut sich fügen muß; oder Fiscus verkauft ein ihm heimgefallenes Erbzinslehen, welches zu dieser Zeit als Einzelnhof keinen gemeindlichen Lasten unterworfen war, in der Folge aber, indem alle Einzelnhöfe durch landesherrliche Verordnungen einem Gemeindeverband einverleibt wurden, auch einer Gemeinde zugetheilt

wird, bei welcher es zu jährlichen Leistungen sogar für alte Kriegsschulden angezogen wird. So empfindlich dieses auch für ihn ist, so wird ihm doch ein Evictionsanspruch*) an den Staat, als seinen Verkäufer, nicht zuerkannt werden können; v. d. Nahmer Entscheid. d. H. Nass. O.-A.-Ger. zu Wiesbaden Bd. I. no. 8. u. 9. Die Gewährsverbindlichkeit muß vernünftigerweise beschränkt bleiben auf Lasten, welche zur Zeit des Verkaufs wirklich existirt haben, oder schon begründet waren; l. 11. pr. D. 21. 2. futuros**) casus emtionis post contractam emtionem ad venditorem non pertinere; l. 1. §. 1. D. 19. 1. Auch hat kein Staatsunterthan ein Recht auf Unveränderlichkeit der Gesetzgebung, und Gesetze können selbst rückwärts wirken, wenn der Gesetzgeber es ausdrücklich so angeordnet hat; l. 7. C. 1. 14. Vergl. Bekker in s. Jahrb. VI. S. 279.

Zu 4) Die Evictionsleistung fällt dann nach einer in l. 21. pr. §. 1. D. 21. 2. gegebenen Entscheidung des Falles, da ein verkaufter Sclave starb, ehe er evincirt wurde, hinweg, ohne Unterschied, ob der Tod vor oder nach der Litiscontestation eintrat; l. 26. C. 8. 45. quia nemo evincat, sed factum humanae sortis; Westphal vom Kaufe 2c. §. 261., Glück Thl. XX. §. 1120. S. 268. Doch ist die Klage wegen Betrugs nicht ausgeschlossen, wenn der Verkäufer wissentlich eine ihm gar nicht zugehörige Sache verkauft hat, so daß der Mangel alles Rechts an der Sache von Seiten des Verkäufers offenbar ist; de dolo tamen poterit agi, si dolus intercesserit, l. 21. pr. D. 21. 2., Glück a. a. O. S. 269. Die Evictionsleistung fällt auch dann hinweg, wenn man den gekauften Gegenstand auch ohne Eviction doch nicht hätte erwerben können, z. B. eine Prädialservitut ohne ein praedium vicinum l. 6. §. 5. D. 19. 1.***)

---

*) Ob nicht eine Klage anderer Art gegen den Staat Platz greifen könne, ist hier nicht zu entscheiden.

**) Fortuitos haben indeß die Basiliken T. II. Lib. XIX. tit 11. const. 4, Glück Thl. XX. S. 276. Anm. 4.

***) Da die Pflicht der Evictionsleistung auch das id quod interest umfaßt, so entsteht die Frage, wie die Evictionssumme anzuschlagen sey, wenn das evincirte Object während des Besitzes des Käufers einen Mehr- oder Minderwerth erlangt hat. Daß ohne Rücksicht darauf nur das Kaufgeld, wenn auf dieses geklagt ist, zu restituiren sey, ist eine von Glück Thl. XX. S. 349. mit Recht verworfene Meinung; wenn aber Glück den zur Zeit der Eviction bestehenden Mehr- oder Minderwerth nur dann berücksichtigen will, wenn dieser auf einem Zuwachs oder Minderung der Substanz, nicht aber, wenn er auf einem zufälligen Steigen und Fallen der Preise beruht, so darf wohl mit Sintenis Civilr. Bd. II. §. 116. Anm. 168. entgegnet werden, daß die Worte

Zu 5) Allerdings, wenn die Entwährung vermöge eines testamentarischen oder conventionellen Retracts erfolgte, nicht aber, wenn das Retractsrecht auf Landesgesetzen oder örtlichen Statuten beruhte; Glück a. a. O. S. 276.

Zu 6) Schon unter den römischen Juristen war diese Frage sehr bestritten und ist es noch bis auf die neueste Zeit, wie die bei Glück Thl. XX. S. 295 ꝛc. angeführte Literatur beweist. Darüber ist man wohl einig, daß ein solches pactum de non praestanda fide denjenigen Verkäufer nicht schützen könne, welcher wissentlich eine nicht in seiner Dispositionsbefugniß gelegene Sache verkaufte, mithin dolos verfuhr, aber auch abgesehen von dem Fall des dolus wollen mehrere Rechtsgelehrte eine solche Nebenabrede, welche mit der Natur des Kaufvertrags in geradem Widerspruch stände, als unzuläſſig erachten, indem sie ebenso widersinnig scheint, wie wenn der Vermiether den Miether auch dann zur Bezahlung des Miethgelds anzuhalten sich befugt glaubte, wenn er ihm auch den Genuß und Gebrauch nicht gewähren könnte; Cocceji jus contr. P. II. pag. 69., Richter D. de pacto de non praestanda evictione inutile. Lips. 1748., Cujacius ad l. 11. §. 18. D. de act. emti, Donell. Comm. jur civ. Lib. XIII. c. 4. §. ult., Hert Opusc. Vol. II. T. 3. — Auch sagt dies die l. 11. §. 18. D. 19. 1., neque enim bonae fidei contractus patitur, ut emtor rem amitteret, et pretium retineret venditor. Allein gerade diese lex ist der Mittelpunkt des Streits, indem sie zwei entgegengesetzte Meinungen vorträgt, die eben bemerkte Meinung Julian's jedoch von Ulpian verworfen zu seyn scheint, was sich durch die Betrachtung rechtfertigt, daß die Evictionsbestimmung nicht ad essentialia, sondern nur ad naturalia pacti gehöre, welche der freien Willkür der Contrahenten anheim gegeben sind. So könne man ja — sagen die Vertheidiger der bejahenden Meinung — auch eine bloße Hoffnung, ja sogar wissentlich eine fremde Sache kaufen, l. 27. C. 8. 45. — l. 7. C. 3. 38. Dieser hauptsächlich von J. H. Böhmer ausgeführten Meinung dienen zur Unterstützung l. 10. D. 18. 4. — l. 31. §. 4. D. 24. 1. — l. 69. pr. D. 21. 2. und sie hat in der neuern Zeit die meisten Anhänger gefunden. Für sie entscheidet auch Glück Thl. XX. S. 297. §. 1121., unter weitläufiger Zusammenstellung der Gründe der verschiedenen Meinungen; ihr folgt auch Mühlenbruch

---

der l. 70. D. 21. 2. et si minor esse coepit (res) auch den letzteren Fall in sich begreifen, vgl. l. 8. 16. pr. l. 51. §. 3. l. 66. §. 3. D. 21. 2. — l. 23. C. 8. 45.

Doctr. Pand. Vol. II. §. 399., Walch Contr. jur. civ. sect. III. Cap. I. §. 5. pag. 449., Thibaut Syst. §. 189., v. Vangerow Pand. a. a. O. Anm. 4. und Arndts Pand. §. 303. Anm. 6.

Ueber die Wirkung eines solchen pactum renunciativum de non praestanda evictione herrscht noch größerer Streit. Die meisten älteren Rechtsgelehrten beschränkten sie blos auf das dem Käufer wegen des Evictionsstreites erwachsende Interesse (s. die Citate bei Glück a. a. O. S. 301. Anm. 63. und dies behauptet auch v. Buchholtz Versuche S. 36. §. 4—16. als Regel), halten aber dadurch nicht die Zurückforderung des schon bezahlten Kaufgeldes für ausgeschlossen. Aber fast alle neueren Rechtsgelehrten — ausgenommen Mühlenbruch Pand. §. 397. und Roßhirt gem. Civilr. Th. II. §. 430. statuiren nach klarem Verständniß der l. 11. §. 18. D. 19. 1., und nach der Uebereinstimmung der l. 68. pr. D. 21. 2. — l. 10. D. 18. 4. — l. 14. C. 3. 36., daß der Käufer, welcher auf Evictionsleistung verzichtet hat, auch den gezahlten Kaufschilling nicht bei eingetretener Eviction zurückfordern könne, wofern der Verkäufer nicht in dolo versirt hatte; s. v. Vangerow Pand. Bd. III. a. a. O. und die dort angeführten Schriftsteller, ingleichen Puchta Pand. §. 362. Verkauft Jemand mit der beschränkten Versicherung, daß der Verkäufer weder von ihm noch von seinen Nachfolgern beansprucht werden solle, so ist damit stillschweigend festgestellt, daß, wenn ein Dritter die Sache evincirt, der Verkäufer nicht in Anspruch genommen werden könne; l. 11. §. ult. D. 19. 1., Glück Thl. XX. S. 296 ff. — Da solchergestalt der Käufer den ganzen Sachwerth ohne Ersatz verlieren kann, so kann ein solches Geschäft auf eine Schenkung hinauslaufen, und deshalb ist nach l. 31. §. 4. D. de donat. int. vir. et ux. 24. 1.) der Nebenvertrag de non praestanda evictione unter Ehegatten ungiltig, insofern darunter eine Schenkung versteckt wird; v. Savigny System Bd. IV. S. 101.

Zu 7) Ob in diesem Fall der Käufer blos des Anspruches auf Ersatz des Interesse verlustig gehe, oder ob er auch nicht einmal das Kaufgeld wieder zurückfordern könne, ist zwar streitig, allein in l. 27. l. 30. C. 8. 45., womit l. 7. C. 3. 38. im Einklang steht, ist ihm auch Letzteres abgesprochen, und damit stimmt auch die Mehrzahl der Rechtsgelehrten überein; Glück Thl. XX. S. 228. und die Citate S. 235. Anm. 19., Hauptmannsberger üb. die Gewährleistung S. 141., v. Vangerow Pand. a. a. O., v. Hartitzsch Entscheid. no. 180., Struben rechtl. Bed. Bd. III. no. 103., v. Buchholtz Versuche S. 34.

Zu 8) Nach l. 33. C. 2. 4. ist zu unterscheiden zwischen dem Streitgegenstand selbst, und einer zur Abfindung gegebenen Sache. Wenn ich einem Andern eine Sache zu dem Ende gebe, damit er von seinen Ansprüchen an mich abstehe, so muß ich ihm allerdings, wenn ihm diese Sache von einem Dritten evincirt wird, Vergütung für dieselbe leisten. Wird aber der Gegenstand des Streits selbst durch Vergleich in der Art frei gemacht, daß ein Theil zu Gunsten des andern seinen Anspruch daran gegen ein erhaltenes Aequivalent aufgibt, so hat derjenige Theil, welcher nun den Streitgegenstand behält, auch wenn ihm in der Folge derselbe von einem Dritten abgestritten wird, keinen Rückanspruch an den andern Transigenten zu machen, denn Eviction kann nur von dem Autor, nicht aber von Demjenigen gefordert werden, welcher blos seine Ansprüche an die Sache aufgab; Glück Thl. V. S. 78., Thl. XX. S. 186., Puchta Pand. §. 362. Anm. 6., Koch R. d. Ford. Bd. II. §. 121., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. V. Med. 280., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 659., Risch Lehre v. Vergleich S. 203 ff., Bekker a. a. O. S. 238. — Im civilist. Archiv Bd. I. S. 140. erzählt v. Wening-Ingenheim folgenden Fall, in welchem seiner Meinung nach der Evictionsanspruch eines Transigenten mit Unrecht aberkannt worden sey: A. kaufte vom B. einen Gütercomplex von Waldungen, Wiesen, Feldern 2c. Wegen undeutlicher Beschreibung entstand hinterher unter ihnen Streit, indem der Verkäufer B. behauptete, 3 Wiesen und 2 Gehölze seyen nicht im verkauften Complexe begriffen gewesen. Durch einen Vergleich wurde der Streit in der Art aufgehoben, daß B. die 3 Wiesen, dagegen der Käufer A. die 2 Gehölze behielt. Unglücklicherweise wurden aber Letzterem in der Folge die 2 Gehölze von einem Dritten evincirt. Dadurch war er jetzt freilich in eine schlimme Lage versetzt, denn nun hatte er von Allem, was er mit erkauft zu haben vermeinte, nichts. v. Wening-Ingenheim glaubt zwar, er könne deshalb vom Verkäufer B. Eviction fordern, allein nach den vorgetragenen Grundsätzen muß man wohl die für das Gegentheil erfolgte Entscheidung billigen, sofern nur nicht B. dem A. die auf den Gehölzen haftenden oder bedrohlichen Ansprüche wissentlich verschwiegen hatte. A. hätte im Proceß mit B. entweder sämmtliche oder einige der streitigen Kaufsobjecte erringen oder auch alle oder einige verlieren können, und im ersten Falle hätte freilich B. dem A. für die ihm zuerkannten Stücke Eviction prästiren müssen. Durch den Vergleich verzichtete er aber auf eine rechtliche Gewißheit hierüber, und kann nun weder aus dem Kauf noch aus dem Vergleich einen Evictions-

anspruch, den er sich dabei nicht besonders bedungen hatte, begründen.

Zu 9) Beim Verkauf geht die Verbindlichkeit des Verkäufers blos auf ein tradere, er hat daher seinerseits den Vertrag schon dadurch erfüllt, daß er dem Käufer possessionem vacuam eingeräumt hat. Daraus folgt, daß er weiter und insonderheit zu einer Evictionsleistung nicht eher gehalten seyn kann, als bis dem Käufer die Sache wirklich evincirt wird.*) Bei Innominatcontracten geht aber die Verbindlichkeit auf ein dare, auf Ueberlassung nicht nur des Besitzes, sondern auch des Eigenthums. Daraus folgt, daß der Empfänger nicht erst den Entwährungsfall abzuwarten braucht, sondern sobald er erfährt, daß die ihm übergebene Sache eine fremde oder mit Ansprüchen eines Dritten behaftet sey, sogleich seinen Autor mit der act. praescriptis verbis auf das Interesse belangen, oder mit der cond. causa data causa non secuta auf die Zurückgabe desjenigen, was er selbst gegeben hat, bringen kann, denn der Andere hat auf solche Weise den Contract nicht gehörig erfüllt. Non videntur data, quae eo tempore, quo dantur, accipientis non fiunt, l. 167. D. 50. 17., Gmelin und Elsäßer gemeinnützige jurist. Beobacht. und Rechtsf. Bd. II. S. 1., Glück a. a. O. S. 183.

Zu 10) Abgesehen von dem, was einzelne Proceßordnungen hierüber vorschreiben, ist die bejahende Meinung Einiger, z. B. Stryck Us. mod. Pand. Lib. 21. tit. 2. §. 18., Lauterbach Coll. th. pr. h. t. §. 31., v. Buchholtz Vers. über verschied. Rechtsmaterien S. 19. §. 19. gemeinrechtlich wohl nicht zu billigen, denn in keinem Gesetz ist vorgeschrieben, daß die Litisdenunciation gerichtlich geschehen müsse; l. 1. C. 3. 19., Glück Thl. XX. S. 413., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 437. Nur so viel ist richtig, daß eine anderweit dem Regreßpflichtigen zugekommene Kenntniß vom Proceß die Streitverkündigung nicht überflüssig macht, und daß auch von Seiten des Regreßnehmers eine allgemeine oberflächliche Notizgebung an seinen Autor nicht genügen kann, sondern Mittheilung der Klage und aller betreffenden Actenstücke erfordert wird; v. Quistorp rechtl. Bemerk. Bd. I. no. 112. Von der Regel, daß die Streitverkündigung dem nächsten unmittelbaren Autor geschehen müsse, machen Einige außer der un=

*) Wenn aber der Verkäufer wissentlich eine fremde Sache einem damit unbekannten Käufer verkauft, so kann dieser, sobald er davon Kunde erhält, also schon bevor Anstalt gemacht wird, ihm die Sache zu entwähren, Klage auf sein Interesse an dem Erwerb des Eigenthums dieser Sache erheben; l. 30. § 1. D. 19. 1.

zweifelhaften Ausnahme des Falles, wo dieser seine Rechte dem Beklagten cedirt hat, auch noch dann eine Ausnahme, wenn der nächste Urheber verarmt, oder es sonst offenbar ist, daß, wenn man sich an ihn halten wollte, Zeit und Kosten nur vergeblich versplittert würden, v. Quistorp rechtl. Bemerk. Bd. II. S. 180.; räthlicher dürfte es jedoch seyn, die Litisdenunciation an den nächsten Autor nicht gänzlich zu umgehen, damit aber die an die entfernteren eventuell zu verbinden. [Vergl. dazu Dernburg in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. II. S. 24 ff., Fuchs Lehre v. d. Litisdenunciation §. 5. und Bekker a. a. O. S. 292 ff. — Seuffert's Archiv XVI. No. 37.]

Zu 11) Wenn der Autor abwesend und sein Aufenthalt gänzlich unbekannt ist. Wenn Einige desfalls eine Edictalcitation für nöthig halten, so scheint dieser Meinung die l. 56. §. 6. D. 21. 2. und die Betrachtung entgegen zu stehen, daß Jedermann schuldig ist, für die Zeit seiner Abwesenheit Jemanden zur Besorgung seiner Angelegenheiten zurückzulassen. Es findet demnach auch l. 55. §. 1. D. 21. 2. Anwendung, si per eum fiat, quo minus denuncietur, committetur, stipulatio, Glück Thl. XX. S. 400., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 437. Hat der Autor arglistig eine fremde Sache übergeben, so bedarf es keiner Streitverkündigung, weil er dann ex dolo haftet; Glück a. a. O. S. 401. Die Meinung Mehrerer, Köchy Meditat. über die interessantesten Gegenstände d. Civilr. Bd. I. no. 2. S. 20., v. Buchholtz Versuche S. 21., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 116. S. 635., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 298., daß die Streitverkündigung, ohne deshalb den Regreß zu verlieren, unterbleiben könne, wenn erweislich ist, daß eine Vertheidigung jedenfalls unmöglich gewesen wäre, verdient gewiß das nach den vielen nach Glück Thl. XX. S. 404. Anm. 74. für sie streitenden Autoritäten kaum zu bezweifelnde Uebergewicht gegen die dagegen erhobenen Bedenken, s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 428., denn da fällt der ausdrücklich angegebene Grund, quoniam parum instructus esset, weg. Es würde vielmehr eine Unredlichkeit begünstigt und der Form eine blinde zwecklose Gewalt eingeräumt. Nach Umständen braucht ja der Käufer auch es gar nicht auf den Proceß ankommen zu lassen; l. 11. §. 12. D. 19. 1.

Zu 12) Da im Allgemeinen die Befugniß Desjenigen, welcher hinsichtlich einer onerosen Erwerbung mit Eviction wirklich bedroht ist, den Erwerbspreis oder die Gegenleistung so lange, als ihm nicht

Sicherheit geleistet ist,*) zu retiniren, nach l. 18. D. 18. 6. — l. 24. C. 8. 45. keinem Zweifel unterworfen ist [vergl. Bekker a. a. O. S. 323 ff., Seuffert's Archiv XIII. No. 88. 137.], so können nur etwaige Ausnahmsfälle nähere Erwägung erheischen.

a) Daß die Retentionseinrede auch gegen den Massacurator, welcher auf den Kaufpreis eines aus der Concursmasse erstandenen Gutes gegen den hinterher mit Eviction bedrohten Käufer klagt, erhoben werden könne, folgt aus dem in der Materie von der cessio bonorum oben S. 253. Fr. 9. entwickelten Rechtsverhältniß der Concursgläubigerschaft; s. auch v. Buchholtz Versuche S. 7. §. 8. u. 23.

b) Ob der verkaufende Theil nicht wenigstens Deposition des Kaufgeldes fordern könne? diese Frage könnte nur auf den Grund außerordentlicher Umstände bejaht werden, z. B. wenn die Insolvenz des Käufers zu besorgen, Gefährde zu verspüren, oder die angebotene Sicherheit nicht genügend ist; v. Buchholtz a. a. O. §. 10., Wernher sel. obs. for. P. III. obs. 231. pag. 5.

c) Ob das Retentionsrecht immer gegen Sicherheitsbestellung durch Bürgen oder Pfänder zurückweichen müsse, erachtet v. Buchholtz a. a. O. §. 12. als Sache des richterlichen Ermessens, allein der Satz cautio est medicina arresti dürfte auch hier analoge Anwendung finden, da nach allgemeinen Grundsätzen für ungewisse Ansprüche nichts anderes und mehreres als Sicherheitsbestellung gefordert werden kann, wie auch in specie durch l. 18. D. 18. 6. — l. 24. C. 8. 45. bestätigt wird.

d) Daß, wenn mehrere Objecte zusammen verkauft, und nur einzelne derselben mit Eviction bedroht sind, nur partielle Retention am Kaufpreis stattfinde, geht aus l. 72. D. 21. 2. deutlich hervor, und man kann dagegen nicht einwenden, l. 139. D. 45. 1. spreche aus: venditionis et evictionis causa indivisa est, denn dieses setzt connexe Sachen voraus; v. Buchholtz a. a. O. §. 14.

e) Daß durch Entsagung aller Einreden, mittelst welcher die Zahlung aufgehalten werden könnte, der Evictionsanspruch

*) Auch deren Erhöhung kann, wenn die ursprünglich geleistete Sicherheit in der Folge unzulänglich geworden ist, gefordert werden; l. 10. §. 1. D. 2. 8. — l. 4. D. 46. 5., vgl. Bd. I. §. 9.

und mithin auch dessen Hilfsmittel, die Retention nicht ausgeschlossen werde, folgt aus dem für Renunciationen geltenden Grundsatz strictester Auslegung, wovon indessen im Fall eidlicher Entsagung eine Ausnahme macht, v. Buchholtz a. a. O. §. 18.; vgl. Bd. I. S. 102 ff.

f) Gegen gewaltsame Besitzentsetzung hat in der Regel der Käufer den Gebrauch der Interdicte gegen den dejector, und kann darum nicht den Verkäufer in Anspruch nehmen, quae ipsi (emtori) infertur injuria, venditorem contingere non debet l. 5. D. 21. 2. Eine Ausnahme tritt jedoch im Fall einer rechtmäßig von einem Dritten vorgenommenen Expulsion ein, diese ist nämlich von dem zurückgekehrten Eigenthümer gegen den, welcher die Sache in seiner Abwesenheit in Besitz genommen hat, gestattet; c. 12. X. de restit. spol. (2. 13.)

g) Hat sich der Käufer wechselmäßig zur Zahlung verpflichtet, so muß er sich wohl gefallen lassen, mit seiner Einrede der Eviction ad separatum verwiesen zu werden, was wohl auch von einer mit der clausula cambialis versehenen Verschreibung behauptet werden muß; s. v. Buchholtz a. a. O. §. 26.

---

2) Verpflichtung zum Einstehen wegen Verletzung über die Hälfte.

Wenngleich auch dieser Gegenstand dem allgemeinen Theil angehört, so wird demselben doch aus praktischem Gesichtspunkt sein Platz da, wo er gewöhnlich vorkommt, nämlich beim Kaufcontract (s. Kap. IX. des besondern Theils), angewiesen.

Kapitel VI.

Aufhebung der Obligationen.

§. 246.

1. Deposition.

1) In welchen Fällen ist es dem Schuldner beweglicher Sachen*) gestattet, sich durch gerichtliche Deposition von seiner Verbindlichkeit zu befreien?**)

2) Wird die Liberation schon durch oblatio judicialis***) bewirkt, oder ist dazu gerichtliche Niederlegung und Versiegelung oder andere Verwahrungsart nöthig?

3) Ist die Vorladung des Gläubigers ad videndum deponi nothwendig?

4a) Kann der Schuldner den deponirten Gegenstand seiner Verbindlichkeit, so lange der Gläubiger ihn noch nicht an sich genommen hat, unter ausdrücklicher Wiederherstellung seiner Schuld zurückfordern? und

4b) lebt dann die accessorische Verbindlichkeit Anderer, welche durch die Deposition gleichfalls erloschen war, auch wieder auf?

5) Man ist zwar darüber einverstanden, daß durch die Deposition wohl die Gefahr, aber doch nicht sogleich das Eigenthum der deponirten Sache auf den Gläubiger übergehe,

---

*) Bei unbeweglichen Sachen genügt schon das bloße Verlassen derselben unter Notification an den Schuldner; Thibaut System §. 666., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 171.

**) Also nicht blos, um den Gläubiger in moram zu versetzen, wovon im Kap. IV. §. 233. Fr. 8. gehandelt wurde.

***) Versteht sich, daß dieselbe a) vor dem competenten Richter der Person des Gläubigers oder des zur Zahlung verabredeten Orts, Glück Thl. IV. S. 422. Anm. 74., Pütter auserles. Rechtsf. Bd. I. Th. IV. Dec. 134. — b) vollständig und unbedingt geschehe, z. B. wer seine liquide Schuld deponirt, aber nicht anders in die Ausantwortung an den Gläubiger willigt, als insofern dieser auf einen anderen bestrittenen Anspruch verzichte, muß die pactirten oder die Verzugszinsen fortentrichten, wenn sich gleich am Ende zeigt, daß die zweite im Streit befangene Forderung wirklich unbegründet war; Seuffert u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. V. S. 209.

sondern dieses bei dem Schuldner verbleibe, weil dieser nach l. 8. C. 8. 28. u. l. 19. C. 4. 32, so lange der Gläubiger das deponirte Geld noch nicht in Empfang genommen hat, dasselbe zurücknehmen und sein früheres Schuldverhältniß wiederherstellen kann. Geräth nun dieser in Concurs, so entsteht die Frage, ob nun auch für die Concursmasse dieses Eigenthum geltend gemacht, und demzufolge der Gläubiger, da er keinen eigenthümlichen Anspruch auf den deponirten Gegenstand hat, lediglich auf so viel, als die Kräfte der allgemeinen Masse gestatten und der Rang seiner Forderung im Concurs mit sich bringt, beschränkt werden könne?

Vergl. auch des besondern Theils Kap. VI. vom Depositum Fr. 21. u. 22.

Zu 1) Nur dann, wenn die Zahlung an den Gläubiger nicht, oder nicht mit Sicherheit möglich ist. Z. B. a) wenn der Gläubiger ohne rechtlichen Grund die Annahme der Schuld verweigert; l. 9. l. 19. C. 4. 32. — Da aber der Schuldner die Weigerung des Gläubigers beweisen muß, so ist es räthlich, das Anerbieten vor Zeugen vorzunehmen; l. 6. C. 4. 32. cf. l. 2. C. eod., Koch R. d. Ford. Bd. II. §. 157. S. 662. d. 2. Aufl. — b) wenn der Gläubiger abwesend, l. 6. C. 4. 32., oder dem Schuldner unbekannt ist; l. 18. §. 1. D. 22. 1. — c) wenn der Gläubiger zur Annahme der Zahlung unfähig ist; l. 7. §. 2. D. 4. 4. — d) wenn der Gläubiger das Schuldinstrument nicht zurückgeben und auch keinen hinlänglichen Mortificationsschein verschaffen kann; Mevii Decis. P. VI. no. 118., Koch a. a. O. S. 663. — e) wenn der eigentliche Nachfolger des Gläubigers ungewiß ist, oder zwischen Cedenten und Cessionar Streit obwaltet, oder wenn mehrere Erben die Zahlung nicht gemeinschaftlich empfangen wollen, oder es an der Legitimation der Erben mangelt, oder wenn Mehrere im Wege der Execution auf die Forderuug angewiesen sind, oder gerichtliche Beschlagnahme verfügt ist; Koch a. a. O., Kind Qu. for. T. II. Cap. 34.

Zu 2) Schon Walch Controv. jur. civ. pag. 708. (Ed. 3.) hatte zwar, obwohl ohne probehaltige Gründe, den Satz aufgestellt: oblatio debiti a debitore creditori facta illum ipso jure liberat, und führte Zanger und Mencke als beistimmend an. In neuerer Zeit war besonders Zimmern im civilist. Archiv Bd. III. S. 121. bemüht, auszuführen, daß sich die gesetzliche Vorschrift der Deposition nur

auf Geld bezöge, und den eigenthümlichen Grund habe, daß nur dadurch das außerdem fortwährend mögliche nutznießliche Innehaben des Schuldners und solchergestalt ein auf fremde Kosten gemachter heimlicher Gewinn beseitigt werde, dahingegen bei anderen beweglichen Sachen die Oblation genüge. Allein Thibaut nahm dagegen im civil. Archiv Bd. V. S. 332. die seit der Glosse angenommene Meinung in Schutz, daß allgemein Deposition und, wo es thunlich, auch Versiegelung nothwendig sey, um den Schuldner zu liberiren. Allerdings sprechen auch die Gesetze die Deposition als Erforderniß der Liberation nicht blos von Geldschulden aus, sondern z. B. Nov. 91. c. 2. von einer dos mobilis, und l. 1. §. 36. D. 16. 3. unter andern von Sachen, welche nicht getheilt werden können. Dies ist demnach auch die herrschende Ansicht geblieben, Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 470. Anm. f., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 171. Anm. n., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 391., Mackeldey Lehrb. §. 491., Arndts Pand. §. 261.; doch wird, was die in l. 1. §. 3. u. l. 7. D. 22. 1. vorausgesetzte Obsignation betrifft, diesem auf die römischen Verhältnisse bezüglichen Erforderniß h. z. T. durch Depositalordnungen und Herkommen derogirt; Sintenis Civilr. Bd. II. §. 103. Anm. 81. Eine Modification findet sich in l. 9. §. 1. D. 22. 1. und l. 9. C. 4. 32. dahin, daß, wer geringere Zinsen, für den Fall aber, daß er nicht an einem bestimmten Tag zahlen würde, höhere versprochen hat, durch die Oblation der Zahlung von dem Nachtheil höherer Zinsen befreit wird; Mackeldey a. a. O. Der in die Augen fallende Grund dieser Modification schwächt aber nicht die Kraft des Princips.

Zu 3) Die Behauptung Mehrerer, daß die Citation des Gläubigers nothwendig sey (Höpfner Inst. §. 982., Mevii Decis. P. II. dec. 201. P. VI. dec. 121., Göschen Vorlesungen Bd. III. §. 445.), ist in Gesetzen nicht begründet. Selbst der von Glück Thl. IV. S. 422. Anm. 75. dafür angeführte Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 46. tit. 3. §. 43. behauptet nicht die Nothwendigkeit, sondern nur die Ueblichkeit, womit die Meisten übereinstimmen, indem sie die Vorladung des Gläubigers blos für räthlich erkennen; Cramer Obs. jur. univ. T. IV. obs. 1047., Kind Qu. for. T. II. pag. 252., Thibaut System §. 666. (Ed. 8.), Glück a. a. O., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 391., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 172. (§ 128.), Spangenberg rechtl. Erörter. Bd. I. S. 107. Rathsam ist sie allerdings wegen der ungewissen Praxis. So hat das K. Bayerische Oberappellationsgericht, wie man aus Arends Sammlung

interessanter Erkenntnisse Bd. I. S. 41. sieht, den Schuldner, da das Capital von 500 Thlrn., ohne dem Gläubiger Nachricht davon zu geben, von der Hypotheken- und Wechselbank an dessen Herrschaftsgericht gesandt, von dem Gerichtsvorstand aber unterschlagen worden war, zur nochmaligen Zahlung sammt Zinsen verurtheilt.*) — In welchen Fällen die reelle Oblation allein ohne Deposition, oder die Versiegelung und Deposition ohne vorherige Oblation hinreicht, bestimmt l. 9. §. 1. D. 22. 1. — l. 9. C. 4. 32., Höpfner a. a. O. §. 983., Göschen a. a. O.

Zu 4a) Koch R. d. Ford. Bd. II. §. 159. z. A. erklärt die Annahme einer solchen Befugniß des Schuldners geradezu für einen Irrthum, indem eine ipso jure getilgte Obligation niemals wieder entstehen könne, l. 98. §. 8. D. 46. 3. in perpetuum sublata obligatio restitui non potest, und die l. 19. C. de usuris (4. 32.) nur eine factische Voraussetzung erwähne, aber nichts über die Befugniß des Deponenten bestimme. Allein die l. 19. cit. sagt doch bestimmt: durch die Deposition hört das Klagrecht des Gläubigers gegen den Schuldner auf, und jener erhält dagegen blos die act. utilis gegen den Depositar, und nicht weiter gegen den Schuldner, wofern dieser das deponirte Geld nicht wieder zurückgenommen hat (nisi forte eas — sc. pecunias — receperit). Damit ist doch wohl das Wiederaufleben der actio und obligatio genugsam angezeigt, daher wir unsere Frage sehr allgemein bejahet finden; Thibaut System §. 666., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 472., Bucher R. d. Ford. §. 171., Spangenberg prakt. Erörter. Bd. I. S. 107., Mackeldey Lehrb. §. 491., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 172. (§. 128.), Schweppe a. a. O., Arndts §. 261. Anm. 2.

Zu 4b) Diese Frage wird nach Analogie der l. 62. D. de pactis (2. 14.) insgemein bejaht; Thibaut a. a. O., Schweppe a. a. O., Bucher a. a. O., v. Wening-Ingenheim a. a. O., Voet Comm. ad Pand. Lib. XLVI. tit. 3. no. 29. Abweichend ist hier Unterholzner a. a. O. S. 472. Anm. 5. ohne Anführung eines Grundes.

Zu 5) Strenge Consequenz scheint zwar zur Bejahung dieser Frage zu führen, allein überwiegend sind doch wohl die von Spangenberg rechtl. Erörter. Bd. I. no. 19. S. 106. und in Linde's

*) Dabei muß jedoch bemerkt werden, daß da keiner der vorhin zur Fr. 1. bezeichneten gesetzlichen Depositionsfälle vorlag. Der Schuldner hatte vielmehr das Geld ganz willkürlich bei Gericht hinterlegen lassen, und von diesem wurde es ebenso willkürlich angenommen, was dann freilich der davon nicht officiell in Kenntniß gesetzten Gläubigerin nicht präjudiciren konnte.

Zeitschr. Bd. I. S. 177., unter Anführung einer Entscheidung des Oberappell.-Gerichts zu Celle, für die Verneinung ausgeführten Gründe. Denn obwohl durante deposito die hinterlegten Gelder noch nicht in das Eigenthum des Gläubigers übergehen, so gewähren ihm doch die Schlußworte der l. 19. C. 4. 32. creditori actione utili ad exactionem earum (sc. pecuniarum) contra depositarium vel ipsas competente pecunias eine rei vindicatio utilis, so lange der Schuldner die Gelder noch nicht zurückgenommen hat; zu dieser Zurücknahme war aber der Schuldner nur gegen Wiederherstellung des früheren Schuldverhältnisses befugt, zu welcher er, wegen der durch die Concurseröffnung verlorenen Dispositionsfreiheit, die Fähigkeit verloren hat, welche daher auch nicht von seinen Gläubigern als bloßen Stellvertretern desselben ausgeübt werden kann, und unter diesen Umständen ohne eine rechtliche Veranlassung, mithin dolose, geschähe. War die Deposition eine gezwungene, z. B. durch ein Judicat unter Verweisung der Gegenforderung des Schuldners ad separatum, so fällt eine Zurücknahme von selbst weg, und der Gläubiger ist eventueller Eigner des deponirten Gelds,*) wenn auch noch sub conditione resolutiva.

---

§. 247.

2. Compensation.**)

Inst. IV. 6. de act. §. 30. 39. Dig. XVI. 2. Cod. IV. 31. de compensationibus. Paul. Sent. rec. II. 5. §. 3.

Indem hier nicht von einer vertragsmäßigen, sondern nur von der s. g. compensatio necessaria zu sprechen ist, fragt es sich zunächst:

---

*) Eine andere Frage über das Privilegium eines Depositum im Concurs des Depositars, Neustetel und Zimmern röm. rechtl. Unters. Bd. I. S. 27., Emmerich in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 55., scheint h. z. T. kaum ein praktisches Interesse zu haben, da der öffentliche Charakter der römischen Argentarien, l. 7. l. 8. l. 24. D. 16. 3., bei uns mangelt, die Deposita gewöhnlich nur öffentlichen Behörden übergeben werden, von bloßen Privat-Depositen auch in jenen Gesetzen nicht die Rede ist, endlich die Privilegien im Concurs fast überall durch neuere Landesordnungen geregelt sind.

**) Ueber den Einfluß eines Moratoriums auf die Compensation s. oben Kap. IV. §. 230. zu Fr. 9.; vom Einfluß der Cession auf das Compensationsrecht s. Kap. III. §. 223. zu Fr. 2.; von der Compensation im Correalverhältniß Kap. III. §. 220. zu Fr. 6.; von den Verschiedenheiten zwischen Retentions-

1) ob die Tilgung gegenseitiger und zwar nach l. ult. pr. C. 4. 31. sowohl dinglicher [actiones in rem] als persönlicher Forderungen schon von selbst durch das Bestehen compensabler Forderungen bewirkt, oder ob dazu wirkliche Ausübung des Compensationsrechts erfordert werde?

2) Was wird zur Compensabilität der Forderungen vorausgesetzt? und

3) von welchen rechtlichen Bedingungen ist übrigens noch das Compensationsrecht abhängig?

4) Kann aus Unterlassung der Compensation, wenn sie mehrmalen geschieht, der Verzicht auf Gegenforderung rechtlich gefolgert werden?

5) Kann Derjenige, welcher Alimente schuldig ist, dagegen compensiren?

6) Involvirt die Einrede der Compensation ein stillschweigendes Anerkenntniß der Schuld?

7) Ist der Fiscus berechtigt, in dem Concurs seines verschiedenen Aemtern vorgesetzten und für jedes besonders vercautionirten Beamten den Defect der einen Caution mit dem Ueberschuß der andern Caution zu decken und so zu compensiren?

8) Kann der Schuldner eines Gantirers, welcher zugleich Gläubiger des letzteren ist, auch noch in dessen Concurs seine Schuld durch Gegenrechnung seiner Forderung aufheben? und

9) wenn er seine Forderung gar nicht zum Concurs angemeldet hat, folglich damit von der Massa präcludirt ist, kann er dann doch noch mit dem compensiren, was er dem Cridar schuldet?

10) Kann auch derjenige, welcher eidlich sich zur Zahlung seiner Schuld verpflichtet hat, noch zur Compensation seine Zuflucht nehmen?

11) Kann auch eine verjährte Forderung gegen eine nachher entstandene Schuld in Abrechnung gebracht werden?

---

und Compensationsrecht Bd. I. §. 10. zu Fr. 1. Anm. d. Zur Literatur der Compensationslehre ist außer den schon angeführten Schriften noch zu bemerken: Kind Samml. auserlesener Rechtsgutachten, Lpz. 1836. S. 69., Einert Pr. de compensatione Sp. I. Lips. 1830. [Brinz D. Lehre v. d. Compensation Leipz. 1849., v. Scheurl Beiträge S. 149 ff., Fuhr im Hess. Archiv f. prakt. R.-W. I S. 120 ff., Dernburg D. Compensation Heidelb. 1854. u. Ubbelohde Ueb. d. Satz: ipso jure compensatur, Gött. 1858.]

12) Wenn eine Forderung durch mehrere Hände gegangen ist, kann dann dem letzten Inhaber auch eine Gegenforderung des Schuldners an einen Zwischen-Cessionar compensationsweise entgegengestellt werden?

Zu 1) Justinian sagt zwar in l. 14. pr. C. 4. 31. compensationes ex omnibus actionibus *ipso jure* fieri sancimus etc., allein es erhellt doch aus dem weiteren Context §. 1., daß er damit sagen wollte: wenn die Einrede der Compensation gehörig vorgeschützt wird, so ist es so anzusehen, als ob die Compensation vom Anfange der möglichen Gegenrechnung an, und nicht erst vom Zeitpunkt des Vorschützens an, vorhanden gewesen sey; l. 4. C. 4. 31. — §. 30. J. 4. 6. In diesem Sinn erklärt sich auch Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 552. §. 255. u. 256. Die Idee einer s. g. tacita compensatio ist daher von den meisten neueren Rechtsgelehrten gänzlich aufgegeben, vielmehr wird eine wirkliche Einrede erfordert (Brinz Lehre v. d. Compensation, Lpz. 1849, Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XV. S. 81. u. 97., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VI. no. 350., Kreittmayr Anmerk. zum Bayerisch. Landr. Th. IV. Kap. XV. §. 1. no. 11., Mevii Decis. P. VII. dec. 127., Glück Thl. XV. S. 111., Hartter d. röm. deutsche R. der Compensation S. 105., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 583., Puchta Pand. §. 290., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 573. Anm. 5., Braun Dict. zu Thibaut §. 226. S. 244., Koch R. d. Ford. Bd. II. §. 162. a. E.), deren Wirkung dann diese ist: potest dici, ipsum sibi solvisse, vel debuisse solvere, l. 31. §. 1. D. 5. 3. — l. 4. l. 11. l. 21. D. 16. 2., nämlich vermöge der gesetzlichen Fiction der gegenseitigen Leistung dessen, was geleistet werden soll. [Vergl. jedoch Ubbelohde a. a. O. S. 206. 215 ff. 231 ff.] — Die Streitfrage, ob in l. 14. cit. compensationes ipso jure fieri so zu verstehen sey, daß die Compensation von selbst, d. i. durch bloßes Entstehen der Gegenforderung geschehe, oder nur unter der Voraussetzung, daß zu dem Begegnen der Forderung auch ein äußerlich manifestirter Wille der gegenseitigen Aufhebung derselben kommen müsse, um das „von Rechtswegen" daran zu knüpfen? vgl. Krug Lehre v. d. Compensation, Lpz. 1833., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 548., Tellkampf im civil. Archiv Bd. XXIII. S. 392. u. Bd. XXV. S. 211., Fuhr in Schunk's Jahrb. Bd. XXVII. S. 119. u. 217. Bethmann-Hollweg im Rhein. Museum Bd. I. S. 257. hat vorzüglich in Concursfällen ein praktisches Interesse.

Glück Thl. XV. S. 108. nimmt an: die Compensation finde statt, wenn auch Derjenige, an welchen der Gemeinschuldner eine Forderung hatte, sich die in Abrechnung gebrachte Gegenforderung von einem anderen Gläubiger hat cediren lassen, um sich der Ausflucht der Compensation im Concurse bedienen zu können, wenn nur die Cession noch vor entstandenem Concurse geschah, und auch beide Forderungen schon exigible waren. Er nimmt also hier doch eine tacita compensatio an, nach welcher Compensabilität und Compensation in Eines zusammenfiele. So auch Bayer Conc.=Proc. §. 33. Noch weiter ging der oberste Gerichtshof zu Dresden (s. Seuffert's Archiv II. S. 156.) in folgendem Fall: Ein Schuldner des Cridars, welcher eine betagte Schuld an den Cridar zu zahlen hatte, deren dies aber erst nach eingetretenem Concurs eintrat, ließ sich noch vor dem Concurs eine fällige Forderung an den Cridar cediren, und setzte auf deren Grund dem gegen ihn klagenden Massa=Curator die Compensation entgegen, welcher auch sofort vom Gerichtshof stattgegeben wurde. Nach unserer Ansicht, nach welcher zur Compensation ein Willensact erfordert wird, welcher nach ausgebrochenem Concurs nicht mehr stattfinden konnte, wäre der Compensation nicht mehr stattzugeben gewesen; denn zur Zeit des Concurses hatten beide Forderungen noch bestanden, die Forderung des Gemeinschuldners wurde Bestandtheil der Massa, für die Forderung des anderen Theils aber war die Folge des Concurses eingetreten, nach welcher keine Einzelnbefriedigung mehr zulässig ist, sondern jeder Gläubiger die Befriedigung nach Maaßgabe der gantrichterlichen Location gewärtigen muß. — Unsere Ansicht bezieht sich übrigens nur auf solche Fälle, in welchen sich Forderung und Gegenforderung ohne besonderen in dem speciellen Rechtsverhältnisse gegründeten Zusammenhang gegenüberstehen, denn wurzeln beide in demselben Rechtsverhältnisse, so würde man gegen Treu und Glauben handeln, wenn man sie trennen wollte; §. 30. J. 4. 6., Hommel Rhaps. Vol. II. obs. 378. In dem kaufmännischen Conto corrente ist die von uns, um eine geschehene Compensation anzunehmen, für erforderlich erachtete Willenserklärung schon mit der Begründung des Geschäftsverhältnisses factisch gegeben, indem der Contocorrente eine fortlaufende Aufrechnung der gegenseitigen Posten seiner Natur nach mit sich bringt; vgl. auch folgende Fr. 8.

Zu 2) Qualitative Gleichheit des Objects der zu compensirenden Forderungen.*) Eine Species kann daher weder mit einer andern

*) Valett prakt. theoret. Abhandl. aus dem Gebiet des röm. Privatr. Bd. I. Abth. 3. versucht zwar den Beweis, daß nach l. ult. C. de compens.

Species, noch mit einer Gattung oder Quantität compensirt werden, und ebensowenig eignen sich verschiedenartige Gattungsforderungen zur Compensation, Glück Thl. XV. §. 930. S. 72. u. 74., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 585., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 157.; wohl aber können nach Voet Comm. ad Pand. Lib. XVI. tit. 2. §. 18. gegenseitige Forderungen, welche ein genus zum Gegenstand haben, compensirt werden, si idem genus utrimque sit debitum, ita ut utrimque debitori competat electio, quam speciem ex genere debito velit solvere; cf. Gajus IV. 66. Die Forderungen müssen also auf vertretbare Sachen, oder auch auf solche gerichtet seyn, welche nur im vorliegenden Fall als genera in Frage kommen; Seuffert u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. XIX. S. 414. Z. B. wenn A. dem B. ein Pferd verkauft, und B. dem A. in Folge eines Legats ein Pferd in genere schuldig ist, so kann B., wenn A. aus dem Testament klagt, compensiren, d. i. erklären, daß er dasjenige Pferd liefern wolle, welches A. ihm aus dem Kauf schuldig ist; Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 722 ff., bezüglich l. 5. pr. D. 25. 1. — l. 18. pr. D. 13. 7. — l. 13. §. 2. D. 20. 1. — l. 6. C. 3. 32. Aus dem Eingangs bemerkten Grund kann auch der Commodatar, wenn die geliehene Sache in Natur zurückgefordert wird, seine Verbindlichkeit nicht durch Compensation lösen. Zwar bezweifeln Manche, daß man das Commodat ausnehmen dürfe, weil §. 30. J. 4. 6. nur beim depositum eine Ausnahme statuirt — excepta sola depositi actione — allein dadurch ist, wie Koch R. d. Ford. Bd. II. §. 166. und Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. med. 45. unter Anführung mehrerer Autoritäten mit Recht bemerken, keineswegs ausgeschlossen, daß, wo Compensation erlaubt ist, doch immerhin ein compensabler Gegenstand vorhanden seyn müsse; und ganz der Natur der Sache gemäß sagt l. ult. C. 4. 23. praetextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur.

Zu 3) Die Compensation findet ohne Unterschied der Personen — die fiscalischen Privilegien ausgenommen*) — und ohne Unter-

---

(4. 31.) bei der Compensation nichts mehr auf Gleichartigkeit der Gegenstände der Ansprüche ankomme, hat aber die herrschende Lehre nicht verdrängt.

*) Außer der Beschränkung der Compensation gegen den fiscus auf eadem statio, l. 1. l. 3. C. 4. 31., welche aber dann wegfällt, wenn man dem Centralfiscus Forderungen an einzelne Verwaltungsstellen entgegenzustellen hat, Krug Lehre v. d. Compensation S. 195., Glück Thl. XV. S. 82., enthalten die römischen Gesetze noch verschiedene Privilegien des fiscus selbst gegen Zulässigkeit der Compensation überhaupt, l. 46. §. 5. D. 49. 14. – l. 7. l. 3.

schied der Klagen statt; §. 30. J. 4. 6. — l. 14. C. 4. 31. — Auch wegen nicht klagbarer, blos natürlicher Verbindlichkeiten kann man compensiren; Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 97., Bucher R. d. Ford. §. 181. u. Arndts Pand. §. 264. Anm. 5. Nur die act. depositi ist ebenbemerktermaßen ausdrücklich ausgenommen; l. 11. C. 4. 34. — §. 30. J. 4. 6. Dagegen scheint zwar Zweifel in dem Fall erhoben werden zu können, wenn die deponirte Sache nicht mehr existirt, und daher in Geld ersetzt werden muß, denn nun steht ja doch Fungibles gegen Fungibles, allein die Möglichkeit der Compensation, welche nun allerdings vorhanden wäre, bringt noch nicht ihr Erlaubtseyn mit sich, welche nun einmal gegen ein Depositum gesetzlich ausgeschlossen ist; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VI. no. 346., Stryck Us. mod. Lib. XVI. tit. 3. §. 9., Wernher Comm. ad eund. tit., Glück Thl. XVI. S. 75. u. die in Anm. 85. angeführten Schriftsteller. — Daß

a) Gegenseitigkeit der Forderungen zwischen denselben Personen Grundbedingung jeder Compensation sey, bedarf keiner besonderen Ausführung.*)

b) Daß nicht, wie nach dem Vorgang des Cujac. Observ. VIII. 16. von Vielen — besonders wegen l. 14. §. 1. C. 4. 31. — behauptet wird (Hasse im civilist. Archiv Bd. VII. S. 144., Tellkampf daselbst Bd. XXIII. S. 337., Bethmann-

---

C. 4. 31. — l. 20. D. 16. 2. — Glück a. a. O. §. 932., und bezüglich der liquidablen Beschaffenheit der Forderung l. 46. §. 4. D. 49. 14., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 159. (§. 13.), Gottschalk Discept. for. T. II. Cap. XII.

*) Die Ausnahmen hiervon, welche hier und da als solche erwähnt werden sind nur scheinbar; Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 582. Sie beruhen a) auf der Fiction einer Personen-Einheit, z. B. zwischen dem Vater und den in seiner Gewalt stehenden Kindern; b) auf der, gewissen Personen verliehenen, Rechtswohlthat, sich der anderen Personen zustehenden Exceptionen zum eigenen Schutz bedienen zu dürfen, wie Handlungsgesellschafter und Bürgen; c) auf dem Eintreten in die Rechte derjenigen Person, welche die exc. comp. von Anfang an erworben hat, was nicht nur in der Universal-, sondern auch in der Singularsuccession begründet seyn kann; z. B. zufolge der Cession und der Verpfändung eines nomen. Es steht nämlich dem verpfändeten Schuldner frei, mit einer Forderung an den Verpfänder oder Pfandgläubiger aufzutreten; Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 722. Der von Mevius P. II. dec. 217. not. 2. aufgestellte Satz: eine Compensation fremder Forderungen sey dann zulässig, wenn dem Dritten an der Compensation gelegen, ermangelt gesetzlicher Begründung; Elvers' Themis Bd. I. S. 152., Walch Controv. jur. civ. pag. 703. sq. (Ed. 3.).

Hollweg Rhein. Museum Bd. I. S. 261.) die Liquidität der Gegenforderung in der Regel als Compensations-Erforderniß betrachtet werden dürfe, darüber hat sich die Praxis unzweifelhaft bereits fixirt, indem nach den Reichsgesetzen im ordentlichen Prozeß Jeder zum Beweis seiner Einreden gelassen werden muß, daher die Compensations-Einrede nicht anders als jede andere Einrede behandelt und folglich nur im Executivproceß ad separatum verwiesen werden kann; Donell. Comm. ad Cod. l. 4. C. de compensat., Bauer Resp. Vol. I. pag. 80., Glück Thl. XV. §. 931., A. D. Weber Beitr. zur Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden Stck. I. S. 60., v. Quistorp rechtl. Bemerk. Th. II. no. 69., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VIII. Med. 425., Reh im civil. Archiv Bd. II. S. 210., v. Hartitzsch Entscheid. no. 160., Linde Lehrb. d. Civilproc. §. 224. (Ed. 2.), Seuffert Beitr. zur Gesetzg. S. 123. no. 51., Höpfner Instit. §. 979. Anm. 4., Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV. S. 129., Seuffert Pand. §. 287. Anm. 19. 20., Dernburg Compens. S. 476., Seuffert's Archiv I. No. 366. XIV. No. 21. Auch Thibaut hat noch in der 3ten Ausg. seines Systems §. 997. dieses Princip angenommen, und erst in den späteren Ausgaben, nach dem Vorgang von Hasse, welchem auch Sintenis Civilr. Bd. II. §. 104. Anm. 42. u. Arndts Pand. §. 264. beitreten, dasselbe durch eine Ausnahme, im Fall die exc. compens. zu übermäßigen Weiterungen führen würde, modificirt, wodurch der Richter für sein arbitrium noch Spielraum gewönne, um der l. 14. §. 1. C. 4. 31. eine Wirksamkeit zu erhalten, welche sich jedoch mit dem heutigen nicht so, wie mit dem römischen Proceßverfahren in Einklang setzen läßt; s. dagegen Brinz Lehre v. d. Compensation S. 152. Zur Erläuterung dient folgender Rechtsfall: E. war dem R. noch 300 Fl. Kaufgeldsrest für ein von ihm erkauftes Haus schuldig. R. verübte in der Nacht vom 19. bis 20. August 1828 einen Brandschaden, durch welchen ein Gesammtschade von 27—28,000 Fl. und dem E. insonderheit von 800 Fl. zugefügt ward. Dessen wurde er erst in Folge einer am Ende des Jahres 1830 vollendeten Criminaluntersuchung überwiesen, wodurch bei ihm eine vorher nicht bestandene Insolvenz sich ergab. In Folge der am 8. März 1831 erfolgten Concurseröffnung liquidirte E. seine Schadensforderung von 800 Fl.

mit dem Beisatz, daß er daran seine Schuld von 300 Fl. Kaufgeldsrest als mittelst Compensation getilgt betrachte. Gegen diese Compensation wandte der Massecurator zwar ein, daß die Gegenforderung des E. vor Entstehung des Concurses noch nicht liquid, folglich nicht zur Compensation geeignet gewesen, wozu es auch an dem Erforderniß einer par causa mangle. Er unterlag aber mit beiden Einwendungen. Die letztere war schon deswegen verwerflich, weil es nicht auf die Entstehungsart der Forderung, sondern auf die Gleichartigkeit des Gegenstandes der Forderung ankommt; beide Forderungen hatten aber Geld zum Gegenstand, Glück Thl. XV. §. 930. S. 72. Aber auch das Erforderniß der Liquidität der E. Schadensforderung wurde nicht für statthaft erachtet, denn die rechtliche Wirkung der Compensation hängt nicht von der Liquidität, sondern von der Existenz der in Abrechnung gebrachten Gegenforderung ab. Entstanden war aber die E. Forderung unstreitig lange vor dem Concurs; s. Richter über verschiedene Rechtsfragen no. 66. Nach unseren Ansichten wird man auch in dem Meinungsstreit über die Frage: ob einer einfachen Geldforderung eine solche Geldforderung compensando entgegengestellt werden könne, deren Quantum erst durch die Rechnungsablage des Klägers ermittelt werden muß? welche in den Rechtsgutachten und Entscheidungen der Heidelberger Juristenfacultät, herausg. von Martin 1808. no. 5. und von Seuffert im civilist. Archiv Bd. III. S. 195. Bd. XI. S. 379., aus dem Gesichtspunkt, weil die auf eine Handlung gerichtete Verbindlichkeit nicht gegen eine Geldforderung in compensationem kommen kann, verneint wird, der Genslerischen bejahenden Meinung den Vorzug geben müssen, civil. Archiv Bd. II. S. 215. Bd. III. S. 199., da der Gegenstand ja doch nichts anderes als eine Geldforderung und das bloße Beweismittel der Rechnungs-Edition nicht mit dem Object zu verwechseln ist; l. 5. l. 6. C. 2. 1. — Nur bei einer Gegenforderung ex *dispari* causa kann die Liquidität als nothwendiges Erforderniß gelten,*) Puchta Pand. §. 289., Koch

*) Hasse und Bethmann-Hollweg S. 362. cit. lassen jedoch von dem Erforderniß der Liquidität nur folgende Ausnahmen zu: a) wenn die Forderung des Klägers illiquid ist; b) bei Gegenforderungen ex pari causa, jedoch nur, wenn der Kläger, dessen Forderung liquid ist, nicht Caution leisten will; c) wenn die Parteien in solchen Verhältnissen zu einander stehen, daß

R. d. Ford. Bd. II. §. 165., was auch der eben cit. Gensler nicht in Abrede stellt; auf den Rechtstitel aber kommt es übrigens gar nicht, und umsoweniger auf *eadem* causa an, wie es nach §. 39. J. 4. 6. schiene; s. hierüber v. Savigny System Bd. I. S. 285. Anm. d. Verschiedenheit des Orts hindert die Compensation nicht, es muß nur das Interesse loci vergütet werden; l. 15. D. 16. 2.

c) Künftige Forderungen können nur insoweit zur Compensation benützt werden, als der Compensant blos Cautionsleistung für seine zukünftige Befriedigung in Anspruch nimmt; l. 38. D. pro socio (17. 2.), Krug a. a. O. S. 105.

d) Bei bedingten Forderungen findet die Compensation statt, wenn es eine Resolutivbedingung, nicht aber, wenn es eine Suspensivbedingung ist, und ebensowenig bei betagten Forderungen, Heimbach a. a. O.; von der Compensation nach einem Moratorium s. oben Kap. IV. §. 230. zu Fr. 9.

e) Compensation von gestundeten Forderungen hat keinen Anstand, wenn die Stundung blos in der Nachsicht des Gläubigers ihren Grund hat; l. 16. §. 1. D. 16. 2.

f) Gegen alternative Verbindlichkeiten kann man compensiren, wenn nur eines der zu leistenden Objecte ein genus ist, und die Forderung, womit compensirt wird, auf dasselbe genus oder wenigstens auf eine species aus demselben genus gerichtet ist. Hierbei ist vorausgesetzt, daß das Wahlrecht dem Schuldner zustehe, und nicht dem Gläubiger ausdrücklich vorbehalten sey. Umgekehrt kann mit einer alternativen Forderung nur dann compensirt werden, wenn beide Gegenforderungen alternativ und beide auf zwei gleiche genera gerichtet sind, da das Wahlrecht des Schuldners bei solchen Obligationen nicht verletzt werden darf; Heimbach in Weiske's Rechtslex. S. 722 ff.

g) Bei Obligationen, welche ein corpus zum Gegenstand haben, wird von Mehreren die Zulässigkeit der Compensation behauptet, s. Hartter a. a. O. S. 129—131. Die dafür angeführten Gesetze l. 18. pr. D. 13. 7. — l. 18. §. 2. D. 20. 1. scheinen jedoch diese Behauptung nicht zu unterstützen;

---

die gegenseitige Abrechnung gleich bei der Eingehung jenes Verhältnisses in ihrer Absicht lag. Ein Fall, wo der Einrede der Compensation auch im Executivverfahren stattgegeben wurde, findet sich in den Jahrb. d. Großh. Bad. O.-H.-G. zu Mannheim Bd. II. S. 275.

indessen, wenn corpora nach Gattungsmerkmalen bestimmt werden, so werden sie ohne Zweifel durch diese Abstraction von ihrer Individualität juristisch vertretbar.

h) Obligationen, welche die Vornahme einer Handlung zum Gegenstand haben, können nach der herrschenden Meinung, Krug a. a. O. S. 133., Glück Thl. XV. S. 75. §. 930., nicht zur Compensation benutzt werden. Heimbach a. a. O. findet jedoch die dafür angeführten Gesetze l. 31. D. 46. 3. — l. 39. §. 5. D. 40. 7. nicht beweisend, und vielmehr die Meinung Hartter's zu Fr. 1. cit. S. 135 ff. richtiger, daß Arbeiten, welche einen bestimmten Geldwerth haben, und bei denen es gleichgiltig ist, von wem sie vorgenommen werden, zur Abrechnung geeignet seyen, während solche, welche nicht in bloßen Dienstleistungen bestehen, oder zu deren Vollziehung Kunst und Wissenschaft gehört, zur Compensation nicht benutzt werden können. So entscheidet auch das Preuß. allgem. Landrecht Th. I. Tit. 16. §. 345. u. 371.

i) Bei Delicten wird zur Compensation oder zur juristischen Aufhebung der Ansprüche auf Privatgenugthuung vorausgesetzt, daß paria delicta vorliegen, l. 154. D. 50. 17. cf. l. 7. D. 25. 2. — l. 39. D. 24. 3., daß nämlich die von zwei Personen gegenseitig an einander verübten arglistigen oder fahrlässigen Handlungen in ihrer Vollendung einander gleichstehen, das ist, die nämlichen Ansprüche auf privatrechtliche Entschädigung hervorbringen. Es kann daher dolus cum dolo, l. 36. D. 4. 3. — l. 57. §. 3. D. 18. 1., culpa cum culpa compensirt werden, nicht dolus cum culpa oder culpa lata mit capul levis, wenn nicht anders Derjenige, welcher den geringeren Grad der Schuld trägt, mit seiner Schadensforderung, wegen des größeren Verschuldens, compensiren will; l. 10. pr. D. 16. 2. — arg. l. 40. §. 1. D. 39. 2, Heimbach a. a. O., Glück Thl. XV. S. 67 ff.

k) Ueber die Compensation bei Scheidungsklagen wegen Ehebruchs s. Bd. I. §. 64. zu Fr. 36. u. zu Fr. 6—8., Glück Thl. XV. S. 70., desgleichen bei wechselseitigen Injurien*) Bd. I. §. 47.

---

*) Daß da der Richter sogar von Amtswegen die Einrede der Compensation suppliren dürfe, behauptet Struben rechtl. Bed. Thl. IV. no. 43.; s. dagegen Glück Thl. XV. S. 110. §. 935., Mevii Dec. P. IX. dec. 154., v. Quistorp Beitr. Bd. I. S. 150. no. X.

zu Fr. 43. lit. c., Glück a. a. O. S. 71. — l. 52. §. 1. D. 9. 2. — Koch R. d. Ford. Bd. II. §. 165.*)

Zu 4) Leyser's Meinung, daß aus mehrmaliger Unterlassung zuständiger Compensation die Remission der Forderung selbst mit Recht gefolgert werde, s. Sp. 173. med. 5., so auch Hellfeld Jurispr. for. Lib. XVI. tit. 2. §. 935., kann wohl am wenigsten, Walch Controv. jur. civ. pag. 712. (Ed. 3.), und kann auch die gemäßigtere Behauptung Glück's in Thl. XV. S. 111. u. v. Quistorp Beitr. Th. I. no. X., v. Hartitzsch Entscheid. no. 158. S. 148. a. E., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 159. (§. 115.), daß die unter nahen Verwandten mehrmalen unterlassene Compensation die rechtliche Vermuthung einer Schenkung begründe, schwerlich gerechtfertigt werden. Man beruft sich zwar, um darauf mehr als eine einfache Vermuthung (non improbabilem conjecturam, wie Voet Comm. ad Pand. Lib. XVI. tit. 2. no. 3. sich ausdrückt) zu bauen, auf l. 26. D. 22. 3., allein diese Gesetzstelle beschäftigt sich doch nur mit einem sehr speciellen Fall, nämlich, wenn eine nah verwandte Person das ihr vom Verstorbenen geschuldete Vermächtniß während der Lebensdauer des Letzteren von ihm nicht eingefordert und einzelne Geldposten demselben ausgehändigt hat, soll angenommen werden, daß das Vermächtniß dem Verstorbenen erlassen worden sey. Ueber diesen Fall hinaus kann nun freilich — wie Heimbach a. a. O. richtig bemerkt, vergl. Krug a. a. O. S. 269. — diese gesetzliche Entscheidung nicht wirken, und sie ist auch nicht geeignet, um, wie man versucht hat, irgend eine allgemeine Regel daraus zu abstrahiren, wohl aber wird sie dem richterlichen Urtheil über Vollwichtigkeit der Vermuthungen in dem Beweisverfahren zum Maßstab dienen; Glück Thl. XXI. S. 391.

Zu 5) Wenn es sich um rückständige Alimente handelt, so hat die Bejahung dieser Frage wohl gar kein Bedenken, in Ansehung laufender oder künftiger Alimente aber sind die Meinungen verschieden. Madihn Miscellen Bd. I. S. 24. behauptet — jedoch ohne Nach-

---

*) In das Proceßrecht ist die Frage zu verweisen: ob nach l. 8. D. 16. 2. eine Forderung, derentwegen bereits Klage erhoben worden ist, noch in Gegenrechnung gebracht werden könne? vgl. darüber Hasse im civil. Archiv Bd. VII. S. 169., Hartter d. röm. deutsche R. d. Compens. S. 214., Krug Lehre v. d. Compens. §. 94., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 104. Anm. 28. Inwiefern dann ihrer Verfolgung im ersteren Weg Anstand gegeben werden müsse, erachtet Sintenis davon abhängig, ob dieselbe als absoluter oder nur als eventueller Vertheidigungsgrund benutzt worden ist.

weisung — es sey von den meisten Rechtsgelehrten angenommen, daß gegen künftige Alimente die Compensation, gemäß l. 3. C. 4. 31., nicht vorgeschützt werden könne.*) Allein l. 3. cit. spricht offenbar blos ein Singularrecht des Gemeinwesens aus, cf. l. 122. pr. D. de legat. I. (30.) und führt unter den Ausnahmsfällen, in welchen gegen die res publica nicht compensirt werden kann, auch causam alimentorum auf; man ist daher schwerlich berechtigt, gerade diesen Fall nicht dem favor rei publicae, sondern, wie Voet Comm. ad Pand. Lib. XVI. tit. 2. §. 16., dem favor alimentorum im Allgemeinen zu subsumiren. Vorausgesetzt, daß der Compensation sonst nichts an den rechtlichen Erfordernissen mangelt, muß man wohl durch sie die Alimentenforderung, sowie jede andere Forderung, pro extincta erkennen; Glück Thl. XV. S. 88., Cocceji jus controv. Lib. XVI. tit. II. qu. 2., Thibaut System §. 679., v. Hartitzsch Entscheid. 2c. no. 20.

Zu 6) Der Annahme eines Zugeständnisses steht hier der Rechtssatz qui excipit non fatetur entgegen; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. XI. S. 253.

Zu 7) Man könnte hier an der Befugniß des fiscus hierzu zweifeln, denn da der fiscus, wenn man nicht mit ihm unmittelbar, sondern mit einer besonderen Station desselben im Verhältniß steht, das Compensationsrecht nicht anders gegen sich zuläßt, als mit der Beschränkung auf eadem statio, l. 1. C. 4. 31., so scheint es, daß umgekehrt der fiscus, wenn er gegen einen Privaten das Compensationsrecht gebrauchen will, er sich auch auf eadem statio beschränken müsse, und nicht hier beliebig die Stationen vermengen könne, blos weil es ihm vortheilhaft seyn kann. Allein insoweit dem fiscus nicht ein Singularrecht beigelegt ist, hat er sich des gemeinen Rechts zu bedienen, und man würde wohl auch einem Privaten, welcher zweierlei Etablissements oder Commanditen hat, nicht versagen können, das, was er aus dem einen schuldet, mit dem, was er in dem andern gut hat, beim Concurs seines Schuldners zu compensiren. Gottschalk Disc. for. T. II. Cap. XII. macht das Verhältniß in folgendem

---

*) Diese Meinung ist auch in das Preußische Landrecht Th. I. Tit. XV. §. 366. u. 367. übergegangen. Das Oesterreichische Gesetzbuch hat die Compensation der Alimente nicht untersagt, der Code Napoleon Art. 1292. nur insofern, als die Alimente keinem Arrest unterworfen sind. Die Ausschließung des Compensationsrechts bei Alimenten behaupten nach gemeinem Recht Carpzov Jurispr. for. P. I. Const. VIII. def. 9., Stryck Us. mod. Lib. XVI. Tit. II. §. 9., Berger Oecon. jur. Lib. III. Tit. XV. th. 4. not. 5.

Fall anschaulich. Der fiscus hatte dem A. die Acciseinnahme in einer Stadt und auch die Perception gewisser Postgefälle, jedes gegen eine besondere baare Caution, übertragen. A. verfiel in Concurs, während er bei der ersteren Receptur viel weniger, als seine Cautionssumme betrug, dagegen bei der andern mit einer sein Cautionsdepositum weit übersteigenden Summe in Rest verblieben war. Der Massa-Curator des A. forderte nun vom fiscus den Ueberschuß der ersteren Cautionssumme, und wollte den fiscus wegen des Defects an der zweiten zur Liquidation und Location im Concurs nöthigen. Es wurde aber zu Gunsten des fiscus entschieden, daß er zu einer Herauszahlung an den Cautionssummen nur insoweit verbunden erkannt wurde, als diese noch einen Ueberschuß über die beiderlei Abgänge gewährten. Uebereinstimmend ist ein Erkennt. d. O.-H.-G. in Baden in dessen Jahrb. 1843/44. S. 41.

Zu 8) Hierüber ist auf die Erörterung der Fr. 1. zurückzuweisen. Der von uns dort vertheidigten Meinung war schon Mevius P. VII. Dec. 127. zugethan, welchem v. Quistorp Beitr. Bd. I. S. 148. ohne einen hinlänglichen Grund entgegentrat. Es ist daher nicht nur das allgemein anerkannte Erforderniß festzuhalten, daß die Forderung des Gläubigers, welcher damit seine Schuld compensiren will, vor dem Ausbruch des Concurses fällig gewesen seyn müsse, sondern auch daß vor diesem Zeitpunkt voluntas compensandi declarirt worden sey. Ob der Compensirende die Forderung, mit welcher er compensiren will, vielleicht erst kurz vor Ausbruch des Concurses hat cediren lassen, ändert nichts an der Sache, wenn er nur seinen nunmehrigen Schuldner von der vorgegangenen Cession certiorirt hat, bevor der Concurs ausgebrochen ist; Sintenis Civilr. Bd. II. §. 104. S. 416. — Bemerkenswerth ist auch die Behandlung dieser Materie im Preuß. Landr. Th. I. Tit. 16. §. 353—355. Dagegen sagt zwar Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 583.: „Viele haben gemeint, daß ein Schuldner des Gemeinschuldners im Concurse Forderung gegen Schuld nicht, oder doch nur dann compensiren könne, wenn erstere vor Ausbruch des Concurses fällig geworden sey; dies ist nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts keineswegs als richtig anzunehmen.“ *)

---

*) Hier scheint der Verf. von dem Gesichtspunkt auszugehen, daß durch die Concurseröffnung jede, auch die betagte, nur nicht die bedingte, Forderung an den Cridar sogleich fällig wird. Das Preußische Landrecht Th. I. Tit. 16. §. 353—55. verordnet in dieser Hinsicht: wenn die Forderung der Masse betagt ist, die Forderung des Concursgläubigers aber fällig, so steht es in seiner Willkür, sich des Compensationsrechts zu bedienen. Ist aber Jemand dem

Derselbe Verf. weicht aber selbst hiervon ab in seinem System des Concurses §. 55.: „Hat der Schuldner (des Cridars) eine Gegenforderung, so kann er sie zur Compensation gebrauchen, und zwar eine Gegenforderung gegen die Gläubiger selbst, ohne Einschränkung, eine Gegenforderung gegen den Cridar, unter der Voraussetzung, daß dieselbe, wenn die Forderung einzelnen Gläubigern verpfändet war, im Augenblick der Verpfändung, wenn sie nicht verpfändet war, im Augenblick der Eröffnung des Concurses, und wenn sie erst nach Ausbruch des Concurses zur Masse kam, in diesem Augenblick nicht nur vorhanden, sondern auch exigibel war."

Man kann auch demjenigen Schuldner des Cridars, welcher eine Forderung an den Cridar eingehandelt hat, das Compensationsrecht, wenn sonst kein rechtliches Hinderniß entgegensteht, nicht etwa, wie Leyser Sp. 174. med. 5. dafür hält, aus dem Grunde bestreiten, quia nihil agit creditor, qui causam suam in fraudem creditorum meliorem reddit, denn vor der Concurseröffnung kann Jeder sein Interesse bestmöglich wahrnehmen; nur muß die Einhandlung vor der Concurseröffnung stattgefunden haben, und es muß vor ihr schon mutuum debitum und creditum unter denselben Personen bestanden seyn; Dabelow Conc. d. Gläub. S. 688.*) In letzterer Beziehung erfordert Sintenis Civilr. Bd. II. §. 104. S. 422. (der 2. Aufl.) auch noch, daß der Schuldner (nachheriger Gemeinschuldner) von der vorgegangenen Cession vor der Concurseröffnung bereits in Kenntniß gesetzt worden sey. Vergl. auch Seuffert's Archiv XI. No. 105. XIV. No. 220. XV. No. 119.

Zu 9) Brinkmann wissenschaftlich prakt. Rechtskunde Bd. I.

Gemeinschuldner zu einer bereits fälligen Zahlung verhaftet, und hat dagegen eine Forderung an die Masse, deren Verfalltag noch nicht eingetreten ist, so findet zwar gleichergestalt die Compensation statt, doch muß ein solcher Schuldner der Masse seine Forderung um das interusurium vermindern.

*) Richter's Aufsätze über verschiedene Rechtsfr., gezogen aus Civilrechtssprüchen der höheren Gerichtsstellen im Königr. Würtemberg S. 226., enthalten einen interessanten Fall von Compensation im Gant, der durch ein Verbrechen des Gemeinschuldners herbeigeführt wurde, und aus welchem auf Seite des Massegläubigers die Schadenersatzforderung entstand, während die Gegenforderung der Massecuratel aus einem vor Ausbruch des Concurses geschlossenen Kaufvertrag herrührte. Die meisten Rechtslehrer sprechen sich für die Zulässigkeit dieser Compensation aus, für welche sich auch der Verf. erklärt. — Mehreres über Compensation, besonders bei entstandenem Concurse, s. Hasch prakt. Beiträge zur Erläuterung des in der freien Reichsstadt Lübeck geltenden Privatr. H. 1. S. 94.

S. 160. versagt zwar dem präcludirten Gläubiger das Compensationsrecht, die richtige Ansicht ist aber doch wohl die: wer nach den vorbemerkten Voraussetzungen das Compensationsrecht giltig behaupten kann, der hat keine Ursache, seine durch dasselbe aufgehobene Forderung im Concurs zu liquidiren, daher ihm auch bei der compensationsweisen Benutzung derselben nicht die Präclusion entgegengesetzt werden kann; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VII. Med. 369., Albrecht Entscheid. merkw. Rechtsfälle Bd. I. no. 1. S. 7., Hommel Rhaps. Vol. II. obs. 378., Bayer Theorie des Concursproc. §. 33., desgl. obwohl aus einem anderen Grund v. Scheurl Beitr. zur Bearbeitung des R. R. S. 172., indem er nämlich annimmt, das Recht des Schuldners, die quantitative Einwirkung seiner gleichartigen Gegenforderung auf seine Schuld geltend zu machen, sey ihm schon mit der Entstehung der Gegenforderung ein für allemal erworben, und könne durch den Concurs nicht aufgehoben werden; vergl. jedoch oben zu Fr. 8.

Zu 10) Man muß hier zwei Fälle unterscheiden: entweder ist die compensable Gegenforderung erst nach dem eidlich gegebenen Zahlungsversprechen entstanden, oder sie war damals schon vorhanden. Im ersten Fall kann man nicht annehmen, daß der Schuldner sich eines Rechts habe begeben wollen, welches damals gar nicht existirte. Es kann daher auf die Gesetze provociren, welche das ihm nun zu Gebote stehende Tilgungsmittel der Zahlung gleichstellen; l. 76. D. 50. 16. Dedisse intelligendus est etiam is, qui compensavit., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. no. 49., Bucher R. d. Ford. §. 168., H. L. Weber Unters. der Frage: Kann derjenige, welcher eine Schuld zu bezahlen eidlich verspricht, sich durch vorgeschützte Compensation von selbiger befreien? Rostock 1793. Im zweiten Fall will zwar v. Quistorp Beitr. Bd. I. S. 151. mit Beziehung auf Ludovici D. de juramento compensationem non excludente die Compensation gleichwohl nicht, und Overbeck a. a. O. wenigstens dann nicht für verzichtet erachten, wenn das eidliche Versprechen nur auf Zahlung schlechtweg und nicht ausdrücklich auf baare Zahlung gerichtet war; und Glück Thl. XV. S. 104. hält dafür: auch ein eidliches Versprechen, zu zahlen, stehe der Compensation nicht entgegen, sofern nicht aus den Umständen erhellt, daß man dadurch der Compensation habe entsagen wollen; richtiger aber scheint es, mit Walch controv. j. c. pag. 706. die Compensation schlechthin für verzichtet zu erachten, wenn der Schuldner seine Gegenforderung kannte, und doch eidlich versprach zu zahlen, denn er gesteht dadurch eine Schuld zu, welche im Compensationsfall gar nicht vorhanden wäre.

Zu 11) Unbestritten ist zwar in neuerer Zeit, daß ich zu compensiren befugt bin, wenn mir gleich der Kläger nur naturaliter obligirt ist; l. 6. D. 16. 2., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 584., Weber v. d. natürl. Verb. §. 128. Viele wollen aber diesen unzweifelhaften Satz hier nicht anwendbar finden, weil nach ihrer Meinung durch die Verjährung die Verbindlichkeit des Schuldners gänzlich aufgehoben werde; s. die Bd. 1. §. 19. zu Fr. 16. u. 23. und bei Glück Thl. XV. S. 65. Anm. 58. cit. Aut., desgl. Brinkmann (s. oben zu Fr. 9. cit.) S. 144., Thibaut System §. 1019., Krug Lehre v. d. Compensation §. 41. u. 88., Sommer rechtswissenschaftl. Abhandl. I. §. 2., v. Hartitzsch Entscheid. no. 429., Kori Theorie der Verjährung §. 52., Buchholtz jurist. Abhandl. no. 22., Seuffert gesammelte wissenschaftl. Abhandl. S. 81. — Wir haben dagegen bereits auf v. Savigny's überzeugende Ausführung des entscheidenden Princips aufmerksam gemacht: daß diejenigen Exceptionen, welche sich, wie die exc. praescript., lediglich auf römisches jus civile gründen, für eine fortwirkende obl. naturalis Raum lassen, anstatt daß die schon im jus gentium wurzelnden Exceptionen auch die Zerstörung der naturalis obligatio mit sich führen. Den hierfür schon früher angeführten Autoritäten ist noch beizufügen: Fuhr in Schunk's Jahrb. d. jurist. Literatur Bd. XXVII. S. 143., Cappel D. an compensationi obstet praescriptio. Helmst. 1794., Koch Recht d. Ford. Bd. I. S. 21. Bd. II. §. 165. z. A., Guyet im civil. Archiv Bd. XI. no. 5., Roßhirt Zeitschr. Bd. I. S. 156., W. H. Puchta über die gerichtl. Klagen, S. 96., Mühlenbruch Commentar Thl. XXXV. S. 462. Anm. 67. u. dess. Lehrb. §. 461., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. §. 247. Im Archiv f. Civil- u. Criminalr. in den Pr. Rheinprovinzen N. F. Bd. XXXII. Abth. 2. S. 69. finden wir die Frage vom Berliner Cassations- u. Revisionshof also entschieden: „einer zur Compensation gebrauchten Gegenforderung kann nicht mit dem Einwand der Verjährung begegnet werden, wenn die andere Forderung, gegen welche compensirt werden will, vor Ablauf der Verjährungszeit bereits entstanden war. Zwei Forderungen erlöschen von Rechtswegen von dem Zeitpunkt an, da sie einander gegenüberzustehen angefangen haben. Diese von Rechtswegen eintretende Compensation wirkt nach Analogie der Zahlung. Ist aber eine Forderung wie durch Zahlung getilgt, so kann von einer späteren Erlöschung derselben durch Verjährung nicht die Rede seyn. Keinen Unterschied macht es hierbei, daß etwa die Forderung, gegen welche mit der angeblich verjährten compensirt werden will, bei Erhebung des Processes noch illiquid war, denn der

Grundsatz: liquidi cum illiquido non est compensatio gilt nur von dem Falle, wenn gegen eine liquide Forderung mit einer illiquiden compensirt werden will, nicht aber von dem umgekehrten." Vergl. Seuffert's Archiv XIII. No. 8. XIV. No. 19. XV. No. 118.

Zu 12) Diejenigen, welche das Erlöschen der Forderung ipso jure durch Compensation in dem Sinne nehmen, daß die Compensation von selbst vor sich gehe, ohne daß es dazu erst einer Handlung bedürfte, müssen diese Frage wohl bejahen, denn der folgende Cessionar kann kein bereits erloschenes Recht mehr geltend machen; Voet Comm. Lib. XVI.. tit. 2. no. 5., Glück Thl. XV. S. 95., Schreiter Diss. de compensat. cessionarii posterioris cum priore. Lips. 1710.*) Wer aber der uns richtiger scheinenden Ansicht folgt, daß die Compensation, wenn auch von Rechtswegen, doch nur durch eine Willenshandlung des Schuldners, welcher zugleich Gläubiger ist, vor sich gehe, muß, wo diese mangelt, die Frage verneinen, weil eine nicht wirklich eingetretene Compensation auch keine nachtheilige Wirkung auf den folgenden Cessionar haben kann.**) Vergl. Seuffert's Archiv XII. No. 18. XIII. No. 91. XIV. No. 22.

*) Vorausgesetzt wird aber dabei freilich, daß der debitor cessus mit dem Zwischencessionar, an welchen er eine compensable Gegenforderung hat, in ein Rechtsverhältniß durch Bekanntmachung der vorgegangenen Cession wirklich versetzt worden ist; Koch a. a. O. Bd. II. §. 165. Im Wesentlichen ist dies das Princip des Preuß. allgem. Landr. Th. I. Tit. 16. §. 313—316.

**) So entscheidet das Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch §. 1442.: „Wenn eine Forderung allmählich auf Mehrere übertragen wird, so kann der Schuldner zwar die Forderung, welche er zur Zeit der Abtretung an den ersten Inhaber hatte, sowie auch jene, die ihm gegen den letzten Inhaber zusteht, in Abrechnung bringen, nicht aber auch diejenige, welche ihm an einen der Zwischeninhaber zusteht." — Es sind nur zwei Fälle möglich: entweder war der debitor cessus von dem Uebergang der Forderung an einen Zwischencessionar, mit welchem er compensiren konnte, unterrichtet, oder nicht. Im letzteren Fall ist er gar nicht in ein Rechtsverhältniß zu dem Zwischencessionar gekommen, im ersteren Fall lag es nur an ihm, die Compensation wirklich zu ergreifen, und that er es nicht, wie kann man dem folgenden Cessionar zumuthen, daß er die rechtlichen Verhältnisse kennen soll, in welchen der debitor cessus mit allen Zwischeninhabern steht? Vergl. die oben Kap. III. §. 226. zu Fr. 3. gemachten Bemerkungen über den Einfluß des Anastasianischen Gesetzes auf Zwischen-Cessionare.

§. 248.

3. Novation.*)

Dig. XLVI. 2. Cod. VIII. 42. de novationibus et delegationibus. Inst. III. 29. (30.) quibus modis tollitur obligatio §. 3.

1) Unter welchen Voraussetzungen erlischt eine Verbindlichkeit durch Novation, oder durch eine Handlung, vermöge deren eine neue an die Stelle der vorigen Verbindlichkeit gesetzt wird?
2) Kann der Vormund durch Novation die Verbindlichkeit seines Curanden aufheben?
3) Kann ein filiusfamilias in Beziehung auf eine Peculiarforderung noviren?
4) Hat die Novation rechtliche Wirkung, wenn die vorige Obligation ungiltig war?

---

*) Ueber die Eintheilung der Novation in privative und cumulative, nothwendige und willkürliche s. die allgemeinen Lehrbücher. Hier ist nur von der privativen und willkürlichen Novation zu handeln. Von der Wirkung der Novation auf das Correalverhältniß s. oben Kap. III. §. 220. zu Fr. 6. [Es ist üblich, in den Lehrbüchern des Civilrechts der Novation dieselbe Stellung, wie hier, unter den Aufhebungsgründen der Obl. zu geben; es ist aber zu bemerken, daß diese Stellung weniger in ein praktisches Handbuch, als in romanistische Lehrbücher paßt, denn daß in der Novation ein eigenthümlicher ipso jure wirkender Aufhebungsgrund enthalten ist, hat für unser heutiges Recht weit geringere Bedeutung als für das System des rein röm. Rechts, und für uns tritt daher die praktische Function der novatio durchaus in den Vordergrund. Diese praktische Function aber besteht darin, daß die novatio, insbesondere in der Gestalt der delegatio, zur Verkehrsbewegung des nomen dient. Demgemäß gehört vom Standpunkte des heutigen Rechts aus die Novationslehre eigentlich in die Lehre von der s. g. Uebertragung der Forderungen, also neben die Cessionslehre; die Novation und die Cession sind die Surrogate der Singularsuccession im Obligationengebiete (s. oben §. 223. S. 151. Anm. und dazu §. 220. S. 113.). — Ueber die Frage, ob das Novationsinstitut noch zu unserem heutigen praktischen Recht gehöre, s. Römer D. bedingte Novation S. 341 ff., welcher die Frage mit Recht bejaht.

Was übrigens die vom Verf. erwähnte Eintheilung der Novation in privative und cumulative anlangt, so ist jetzt allgemein die Verkehrtheit des Ausdrucks novatio cumulativa angenommen, denn die novatio ist eben ihrem Wesen nach privativ, d. h. zerstörlich, und eine novatio cumulativa ist ein Widerspruch in sich selbst. Das Richtige ist, daß jene Eintheilung vielmehr eine Eintheilung der stipulatio ist, welcher entweder novandi oder confirmandi animo eingegangen wird.]

5) Wenn die neue Obligation sich als ungiltig erweist oder rescindirt wird, bleibt dann die alte bestehen?

6) Was für eine Wirkung hat die Novation, wenn der neuen Obligation eine Bedingung beigefügt ist?

Zu 1) Diese Frage ist sehr wichtig, weil die Novation das Erlöschen der vorigen obligatio nicht nur, sondern auch ihrer Accessionen, z. B. Bürgschaften, Pfänder und Conventionalstrafen zur Folge hat; l. 15. l. 18. D. 46. 2. — l. 2. C. 8. 42. In der Mitte zwischen den Vertheidigern zweier absoluter Gegensätze, nämlich des Satzes: „daß eine privative Novation nicht anders als per verba expressa entstehen könne," (s. Mackeldey Lehrb. §. 496., Höpfner Instit. §. 989., Hepp im civilist. Archiv Bd. XV. S. 246., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 105. Anm. 25. und Linde's Zeitschr. Bd. IX. S. 135.) und wiederum des Satzes: „daß eine Novation auch durch wahrscheinliche Vermuthungen bewiesen werden könne," (s. Struben rechtl. Bed. Bd. IV. no. 50. S. 120., v. Löhr u. Grolmann Magazin Bd. IV. no. 3. S. 29. und unter den älteren Rechtsgelehrten Gaill, Hert, Böhmer u. A.) ragt die herrschende Meinung hervor, welche dahin geht: der animus novandi, ohne welchen das bloße Eingehen einer neuen an der Stelle der alten Verbindlichkeit nur ein Nebeneinanderbestehen, aber nicht ein Ausschließen der einen oder andern Verbindlichkeit bewirken kann, darf nur dann angenommen werden, wenn die Absicht zu noviren ausdrücklich erklärt ist, oder aus der Handlung selbst unmittelbar hervorgeht. Es ist daher nur so viel richtig, daß eine Novation nicht präsumirt werden darf; Puchta Pand. §. 292. Ipsa res verbis fortius novationem exprimit. Mevii Dec. T. V. dec. 405., Crell D. de animo novandi factis expresso in Opp. T. IV. Diss. 29. §. 4., vergl. außer den bekannten Lehrbüchern Gottschalk Analecta jur. Sax. Cap. XII., v. Hartitzsch Entsch. no. 292., Kind Qu. for. T. IV. cap. 53. pag. 260., Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. VI. S. 157., Hufnagel Mittheil. aus der Praxis der K. Würtemberg. Civilgerichte H. 1. no. 4., Schaffrath pr. Abhandl. no. 15., Richter Aufs. über verschiedene Rechtsfragen S. 131., Gebr. Overbeck Med. Bd. II. Med. 66. Die häufig vorkommende Behauptung, daß eine Novation nur dann angenommen werden dürfe, wenn sie wörtlich geschieht, ist, wie Fein Beiträge zur Lehre v. d. Novation und Delegation Jena 1850. durch gründliche Erklärung der l. 8. C. 8. 42. gezeigt hat, nicht mit den

gesetzlichen Bestimmungen vereinbar. Daß Justinian's Absicht bei Erlassung dieses Gesetzes auf nichts anderes und weiteres ging, als die Ambiguitäten zu beseitigen, welche daraus entstanden waren, daß die älteren römischen Juristen, wie aus §. 3. J. 3. 30., Theoph. paraphr. ad §. cit., Gaj. III. §. 176—179. zu entnehmen ist, für Fälle gewisser Art Rechtsvermuthungen für eine Novation aufgestellt hatten, ohne indessen unter sich selbst über solche einig zu seyn, §. 3. J. cit., sagen schon die Eingangsworte: veteris juris ambiguitates resecantes etc., und zur Erreichung dieses Zweckes wählte er eben das directe Gegenmittel verb. generaliter definimus, *voluntate* solum esse, non lege esse novandum. Also nur aus der Willenshandlung soll das Urtheil geschöpft werden, wie es in den Schlußworten heißt: hoc enim naturalibus inesse rebus volumus et non verbis extrinsecus supervenire. Wenn es gleichwohl daselbst weiter heißt, eine Novation solle nicht angenommen werden, nisi ipsi (die Parteien) specialiter remiserint quidem priorem obligationem et hoc *expresserint*, quod secundam magis pro anterioribus elegerint, worauf die Dissentienten ihre Meinung stützen, daß eine wörtliche Erklärung nothwendig sey, um eine Novation anzunehmen, so kann man dies, ohne gerade in Widerspruch mit den vorausgegangenen Worten: hoc non verbis extrinsecus supervenire volumus, zu verfallen, und ohne die unverkennbare Meinung des Kaisers zu verfehlen, daß nur auf das id quod actum est gesehen werden solle (cf. l. 2. l. 6. pr. l. 7. l. 8. §. 1. 2. 3. 5. l. 26. D. 46. 2., wo zuweilen auch von einem specialiter actum esse die Rede ist, l. 29. l. 31. §. 1. D. 46. 2. — l. 58. D. 45. 1. — l. 6. §. 1. D. 18. 1. potius id, quod actum quam id, quod dictum sit, sequendum est), unmöglich blos von einem verbis exprimere verstehen,*) sondern, wie in l. 77. §. 3. D. 35. 1. von

*) Wie neuerlich wieder Grotefend in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. XII. S. 272. will, welcher am Ende doch auch an dem Absurdum strandet, daß man nach seiner Erklärung der l. 8. cit. selbst dann ohne ausdrückliche Erklärung keine Novation annehmen dürfte, wenn die frühere und spätere Obligation durchaus nicht mit einander vereinbarlich sind, was in einzelnen Punkten oft der Fall seyn kann. Man kann dann auch nicht den von Grotefend selbst verworfenen Ausweg ergreifen, daß man mit Sintenis in Linde's Zeitschr. Bd. IX. S. 135. sagt: in diesem Fall sey der Begriff von Novation gar nicht anwendbar, sondern Aufhebung eines früheren Vertrags durch einen neuen, denn wenn auch der Entstehungsgrund der Verbindlichkeit in dem letzteren beibehalten ist, so ist doch wohl der Begriff von Novation nicht ausgeschlossen.

einem quovis voluntatis judicio exprimere, da ja der Willensausdruck durch die verschiedenartigsten Mittel geschehen kann.

Exempla illustrant rem: Es kann nicht für eine Novation angesehen werden, wenn ich mir, ohne die ältere Obligation zu cessiren, eine neue ausstellen lasse, welche neben jener bestehen kann, oder neue Nebenbestimmungen treffe, Struben rechtl. Bed. Thl. IV. no. 106., Leyser Sp. 526. med. 7.; wohl aber ist es eine Novation, wenn ich mir für eine Forderung aus einem Kaufgeschäft in der Folge eine verzinsliche Obligation ausstellen lasse, Struben a. a. O. S. 274. Wenn in Folge einer zwischen Gläubiger und Schuldner getroffenen Abrechnung über den Abrechnungsrest eine Schuldverschreibung ausgestellt worden ist, so wird man eine Novation annehmen müssen, denn dies ist gerade der Zweck und das Wesen einer Abrechnung, das Belästigende und Verwirrende, was mit einer Menge sich entgegenstehender wechselseitiger Ansprüche verbunden ist, zu beseitigen, und aus der Verwickelung der mannigfaltigen Forderungen und Gegenforderungen ein neues einfaches Verhältniß dadurch herzustellen, daß jene aufhören sollen, als solche zu existiren und unterschieden zu werden, und daß an deren Stelle der Abrechnungsrest als eine einzige neue und selbständige Schuld tritt; Hufnagel Mittheil. aus der Praxis der Würtemberg. Civilger. no. 108. Non verbis modo, sed rebus etiam loquimir, et his certius voluntas exprimitur. Mev. Dec. P. V. pag. 592. dec. 405. Es darf nicht mit Struben rechtl. Bed. Bd. IV. no. 50. S. 120. angenommen werden, daß der Bürge des Vaters per modum novationis liberirt werde, wenn der Sohn desselben in der Folge die Verbindlichkeit übernommen hat, für welche die Bürgschaft geleistet war. Si non reperitur prior obligatio sublata, etsi nova fuerit contracta, utique alia potius praesertim accessionis capienda est interpretatio, quam ut novatio statuatur, quae non colligenda est ex praesumtionibus. Mev. Dec. P. V. dec. 405. Ebensowenig involvirt die mehrjährige Annahme der Zinsen von einem der Miterben des Schuldners eine Novation, durch welche die übrigen Miterben befreit würden; v. Quistorp rechtl. Bemerk. Th. II. no. 58. S. 229. Anm. nn. Mit Recht wurde dagegen in folgendem Fall eine Novation angenommen: A. verkaufte dem B. sein Haus mit dem Beding, daß 300 Fl. Angeld bei der Uebergabe bezahlt werden sollten, das übrige aber auf dem Haus stehen bleiben könne. B. zahlte nur 200 Fl. und bat den A., ihm 100 Fl. darlehnsweise zu überlassen, worauf A. sofort einen Schuldschein über 100 Fl. von B. statt des baaren Geldes annahm. Das übrige

Kaufgeld wurde alsbald auf dem Hause versichert, von den 100 Fl. geschah keine Erwähnung. Vergebens nahm nun A. für diese 100 Fl. die gesetzliche Hypothek des rückständigen Kaufpreises in Anspruch, nachdem die Natur des Kaufgelds durch Verwandlung in ein Darlehn aufgehört hatte, und ein ganz anderes Fundament der Verbindlichkeit substituirt wurde; Leyser Sp. 526. med. 6. — Mit Recht wurde in folgendem Fall keine Novation angenommen: N. trat sein gesammtes Vermögen gegen Uebernahme seiner Schulden und Verabreichung einer jährlichen Rente an seinen Verwandten O. ab, welcher sofort hierdurch zur Ausbringung einer Edictalladung an die Gläubiger seines Cedenten zum Zweck gütlichen Abkommens sich veranlaßt fand. Da trat nun auch X., jedoch nur mit einer generellen Anmeldung seiner Forderungen auf, unterließ aber, der hierauf ihm sub poena praeclusi gegebenen Weisung zur Specification und Liquidation nachzukommen, und verwirkte so die sonach gegen ihn erkannte Präclusion. N. contrahirte in der Folge neue Schulden, wodurch eine neue Vorladung seiner Gläubiger veranlaßt wurde. Hier liquidirte nun X. auf das genaueste, aber der Contradictor setzte ihm nun die Einrede entgegen, daß er durch die Anmeldung seiner Forderung gegen die damaligen Cessionarien des N. diese zu Schuldnern angenommen, und somit eine Delegation eingegangen habe. Jedoch die Heidelberger Facultät, an welche die Sache zur Entscheidung gelangt war, entschied, daß kein factum concludens vorhanden sey, aus welchem sich der animus novandi mit Nothwendigkeit ergebe; Hepp im civil. Archiv Bd. XV. S. 260., welcher hierbei bemerkt, daß die l. 2. C. de pact. (2. 3.), welche sagt, daß der Erbe, welcher die Erbschaft verkauft hat, schon dann von den Erbschaftsgläubigern liberirt werde, wenn diese gegen den Käufer Klage angestellt hätten, nicht mehr anwendbar, sondern nur als historisches Fragment anzusehen sey, nachdem Justinian die novatio tacita aufgehoben habe.*) — Wenn der Schuldner für eine schon bestehende Schuld seinem Gläubiger einen Wechsel ausstellt, so kann nicht angenommen werden, daß er seine Schuld verdoppeln oder neben der alten, sondern vielmehr daß er

*) So betrachtet Sintenis Civilr. Bd. II. S. 142. auch die l. 15. D. 12. 1. durch die l. 8. C. 8. 42. als antiquirt, wenn jene die blos conventionelle Umwandlung eines Mandats- in ein Darlehns-Verhältniß statuirt: cum ex causa mandati mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta. Nach Sintenis wäre in obigem Fall, sowie auch in diesem, blos ein concursus obligationum circa idem objectum anzunehmen.

statt derselben eine neue Verbindlichkeit übernehmen wollte, also Novation; Ladenburg im Archiv f. deutsches Wechselr. Bd. V. S. 122. und die S. 129. ꝛc. dafür angeführten Präjudicien. [Diese Streitfrage ist in neuerer Zeit sehr viel ventilirt, s. Ladenburg a. a. O. Bd. VII. S. 1 ff., Kuntze Deutsch. Wechselrecht S. 74., Kniep Bedingte Novation S. 29. 41. 140., Seuffert's Archiv XIII. No. 158. Ueber die Wirkung der Ausstellung eines Darlehnsscheins s. ebendas. XIII. No. 17. 253. u. einer Umschreibung XIV. No. 92.]

Ueber die Streitfrage: an stipulatione poenali obligatio novetur? s. Höpfner Instit. §. 987., Glück Thl. IV. §. 340.

Zu 2) Die l. 20. §. 1. u. l. 34. §. 1. D. 46. 2. entscheidet bejahend, vorausgesetzt, daß die Novation dem Curanden zum Vortheil gereicht; Glück Thl. XXX. S. 230.

Zu 3) Nur vermöge specieller Autorisirung oder genereller Verleihung unbeschränkter Administration; l. 16. l. 23. l. 25. l. 34. pr. D. 46. 2. — l. 27. pr. l. 28. §. 2. D. 2. 14., Puchta Pand. §. 291., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 161. (§. 117.), Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 595.

Zu 4) Zum Rechtsbestand der Novation wird nothwendig vorausgesetzt, daß die vorige Forderung giltig, und wenigstens eine obligatio naturalis vorhanden war; l. 1. §. 1. l. 2. D. 46. 2., Schweppe a. a. O., v. Wening-Ingenheim a. a. O. Daß ihr eine Exception entgegengesetzt werden konnte, schadet nichts, denn diese ist eben für verzichtet zu erachten; Sintenis Civilr. Bd. II. S. 444. Was die exc. Sct. Vellej. insbesondere anbetrifft, so kommt dabei in Betracht, ob nicht auch die neue Obligation wiederum als Intercession zu betrachten seyn wird, und dann ob ein Verzicht der Frau darauf überhaupt als statthaft erachtet werden kann. Aber man wird nicht unbedingt mit Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 624. Anm. a. behaupten können: „sobald dem vorigen Anspruch das Sct. Vellej. entgegensteht, so steht dasselbe auch dem durch Neuerung begründeten entgegen.“ *)

Zu 5) In beiden Fällen bleibt die alte obligatio bestehen, doch versteht sich, daß man die neue obligatio dann nicht als eine ungiltige ansehen kann, wenn sie nur eine obl. naturalis ist. Bloßes Hinwegfallen der neuen obligatio bewirkt nicht die Reviviscenz der alten; Schweppe a. a. O. S. 595. u. 597.

---

*) [Ueber die Frage, ob die Novationsstipulation eine Obligation hervorbringe, auch wenn eine prior obl. gar nicht vorhanden war, s. Römer D. bedingte Novation, S. 28 ff. u. die dort angef. Literatur.]

Zu 6) Eine Bedingung für die neue obligatio macht die Novation selbst bedingt, die alte Obligation bleibt also bestehen, wenn die Bedingung der neuen nicht eintritt; Puchta a. a. O. §. 291., Schweppe a. a. O. §. 632. S. 596. Anm. 1. vergl. l. 8. §. 1. l. 14. pr. D. 46. 2. — §. 3. J. 3. 30. — l. 30. §. 2. D. 2. 14. Ebenso wird, wenn über eine bedingte Forderung eine Novation eingegangen wird, diese nur dann wirksam, wenn die Bedingung eintritt. Damit ist zwar nicht gesagt, daß nicht auch beabsichtigt werden könne, das Unbedingte an die Stelle des Bedingten zu setzen, dies wäre aber Vergleich oder bedingte Schenkung; Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 624. Anm. a.

[Ueber die erstere Frage handeln ausführlich Kniep Einfluß d. bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligatio (1860) und Römer Die bedingte Novation (1863). Letzterer führt (auf S. 110 ff.) aus: Ist das Novationsgeschäft suspensiv bedingt, so ist eben der auf Aufhebung der prior obl. gerichtete Vertrag suspensiv bedingt, somit die Aufhebung der prior obl. selbst suspensiv bedingt, m. a. W. die prior obl. besteht noch als pura fort, denn das suspensiv bedingte Rechtsgeschäft äußert ja seine hauptsächliche Wirkung nur und erst, wenn die Bedingung eintritt. Man könnte sagen, die prior obl. sey bedingt aufgehoben, allein dieser Ausdruck wäre nicht gut gewählt, weil eben, was blos bedingt aufgehoben ist, nicht aufgehoben ist. Puchta Pand. §. 299. a. E. scheint die prior obl. als resolutiv bedingt zu betrachten, also die Wirkung der suspensiv bedingten Novation in die Verwandlung der prior obl. in eine resolutiv bedingte zu setzen; ich kann auch diese Construction nicht gelten lassen, sie ist begrifflich unhaltbar und führt praktisch zu unrichtigen Consequenzen. Eine bestehende Obl. kann als solche nicht in eine resolutiv bedingte verwandelt, m. a. W. eine Resolutivbedingung kann einem Geschäft nur bei Errichtung desselben, niemals nachträglich erst beigefügt werden, denn Bedingung ist Nebenbestimmung. Die Consequenz der Puchta'schen Andeutung wäre die (unvermeidliche) Statthaftigkeit der Geltendmachung der prior obl. während Schwebens der Bedingung des Novationsgeschäfts, da ein resolutiv bedingtes Geschäft sofort alle in seiner Natur liegenden Wirkungen hervorbringt, während doch in l. 36. D. 12. 1. u. l. 80. 83. D. 23. 3. ausdrücklich gesagt ist, der Gläubiger könne aus der prior obl. pendente conditione nicht fordern. Der Grund dieser Bestimmung liegt in dem praktischen Zwecke der bedingten Novation: die Geltendmachung des ursprünglichen Forderungsrechts für die Zeit des Schwebens zu suspendiren. — Eine

resolutiv bedingte Novation (fügt Römer auf S. 333 ff. hinzu) wird in den Quellen gar nicht erwähnt; sie bedeutet: die bestehende Novation wird sofort aufgehoben durch die sofort mit dem Abschluß des Formalcontracts unter der Resolutivbedingung entstehende, vollkommen und nach jeder Richtung wirksame Obl.; wenn aber die Bedingung eintritt, so wird die Novationsstipulation als gar nie abgeschlossen behandelt, die aus ihr hervorgegangene Obl. direct und rückwärts vernichtet, und die alte Obl. wieder hergestellt, als sey sie keinen Augenblick aufgehoben gewesen. Dieses Resultat aber ist weder nach röm., noch nach heutigem Recht annehmbar, und daher ist die Ungiltigkeit einer resolutiv bedingten Novation zu behaupten. Römer S. 338.]

Expromission und Delegation.*)

1) Wie unterscheidet sich die Delegation von der Assignation, und ist im Zweifel diese oder jene zu vermuthen?
2) Kommen dem debitor delegatus diejenigen Einreden zu Statten, deren sich der debitor delegans gegen seinen Gläubiger bedienen konnte?

Zu 1) Das Verhältniß beider ist sich zwar sehr ähnlich: *delegare* quis dicitur, si debitorem suum jusserit, alteri solvere. l. 11. l. 21.

*) Oder Novation in subjectiver Beziehung, indem nämlich die Subjecte des Obligationsverhältnisses verändert werden, z. B. so, daß mit Zufriedenheit des Gläubigers ein Anderer, und zwar ohne Mitwirkung des vorigen Schuldners als Schuldner eintritt (expromissio), oder durch einen Vertrag zwischen dem Gläubiger, dem alten und neuen Schuldner, durch welchen der bisherige Schuldner seinem Gläubiger einen Andern, gewöhnlich seinen eigenen Schuldner, als Schuldner einstellt, oder auch der bisherige Gläubiger seinen Schuldner an einen Andern als seinen künftigen Gläubiger überweist. Der letzte Fall scheint zwar mit der Cession auf Eines hinauszulaufen, ist aber doch wesentlich von ihr verschieden; denn die Cession verändert eigentlich nicht die Person des Gläubigers, weil der Cessionar nur den Cedenten repräsentirt. Durch die Cession wird der debitor cessus nicht ohne weiteres von seinem vorigen Gläubiger frei, wohl aber durch die Delegation. Bei der Cession ist der debitor cessus ohne alle Mitwirkung, bei der Delegation aber ist der debitor delegatus Mitpaciscent; l. 1. C. 8. 42. Daß nicht nur eine obligatio civilis, sondern auch naturalis Gegenstand der Expromission und der Delegation seyn könne, ist unzweifelhaft; l. 1. §. 1. D. 46, 2.

D. 46. 2. Assignation heißt der Auftrag an Jemand, welcher zwar nicht nothwendig mein Schuldner seyn muß, aber doch es seyn kann, einem Dritten eine gewisse Summe zu zahlen. Ungeachtet dieser Aehnlichkeit waltet aber doch eine wesentliche Verschiedenheit ob, indem der Delegation nothwendig ein Vertrag zum Grunde liegen muß, wodurch der bisherige Schuldner entlassen, und ein anderer mit Zustimmung des Gläubigers an die Stelle gesetzt wird, wogegen durch die bloße Assignation die Person des Schuldners noch nicht verändert wird, denn der Assignant bleibt so lange Schuldner, als nicht der Assignat an den Assignatar zahlt. Ohne jenen ausdrücklichen Vertrag zwischen dem Gläubiger, dem alten und dem neuen Schuldner kann daher nie eine Delegation und mit ihr die Befreiung des ersten Schuldners von seinem bisherigen Gläubiger, sondern nur eine Assignation angenommen werden. Da eine Novation nicht präsumirt werden darf, und da man bei jeder Art der Novation die Bestimmungen der l. 8. C. 8. 42. vor Augen behalten muß, so bleibt das Geschäft immer nur Assignation, wenngleich der Empfänger derselben sie acceptirt hätte, oder der Assignatar Jahre lang die Zinsen von dem debitor assignatus erhalten, oder theilweise Zahlungen von ihm angenommen hätte,*) Wernher Obs. T. II. P. VII. obs. 181., Leyser Sp. 527. med. 2. 3., Hommel Rhaps. obs. 690. besonders wenn der Gläubiger die Schuldurkunde seines eigentlichen Schuldners fortwährend behält; G. L. Böhmer Rechtsfälle Bd. I. Abth. I. S. 335. Freilich wenn der Gläubiger, welcher von seinem Schuldner sich auf einen Andern anweisen läßt, den Schuldschein des Ersteren cassirt oder zurückgibt, dann kann die Absicht jenen zu liberiren nicht zweifelhaft seyn. In zweifelhaften Fällen aber ist vielmehr für eine bloße Assignation als für eine Delegation zu vermuthen; v. Quistorp

*) In diesen Fällen scheint v. Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. II. S. 222. anderer Meinung zu seyn, allein consequent wird man behaupten müssen, daß die bloße Annahme einer Anweisung noch keinen Vertrag, den assignirenden Schuldner gänzlich zu entlasten, involvire. Die l. 8. C. 8. 42. verlangt ausdrückliche Willenserklärung auch bei der subjectiven Novation: si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. S. 63.

In Ansehung der Streitfrage: ob noch h. z. T., wie nach Justinianeischem Recht, durch ein pactum de non petendo die Forderung blos ope exceptionis aufgehoben, oder ipso jure vernichtet werde, sind für das erstere die triftigsten Gründe entwickelt in v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 621. Das Gegentheil behauptet v. Savigny System Bd. IV. S. 128.; s. übrigens die Literatur über diese Controverse bei v. Vangerow a. a. O.

a. a. O. Th. II. S. 220., Stryck Us. mod. Lib. 18. tit. 4. §. 25. u. Lib. 46. tit. 2. §. 3., Leyser Sp. 527. med. 1.

Zu 2) Wir folgen hier der verneinenden als der gewöhnlichen Beantwortung; l. 12. l. 13. l. 19. D. 46. 2., Böhmer Rechtsfälle Bd. III. Abth. I. S. 277., Leyser Sp. 527. med. 1. Abweichend ist Fein Beitr. zur Lehre v. d. Novation und Delegation S. 35. in folgendem von ihm erzählten Fall: B. verkaufte an D. sein Wohnhaus mit der darin befindlichen Apotheke sammt Vorräthen und Zubehör für 6250 Thlr. dergestalt, daß 3000 Thlr. drei Jahre lang zu 4 Proc. verzinslich stehen bleiben sollten, nach deren Ablauf der Käufer 1500 Thlr. zahlen, bis zur vollständigen Zahlung der Kaufgelder aber dem Verkäufer das dominium reservirt seyn solle. Noch vor dem Abschluß des Verkaufsgeschäfts hatte der Verkäufer B. dem Käufer D. brieflich die Versicherung ertheilt, daß er aus dem Geschäft in den letzten 5 Betriebsjahren durchschnittlich eine Brutto-Einnahme von ungefähr 1000 Thlrn. gezogen habe. Dies stellte sich aber später als eine Lüge heraus, indem sich aus den Geschäftsbüchern des B. nur ein Durchschnittsertrag von weniger als der Hälfte ergab, wonach der Werth nicht 6250 Thlr. sondern nur 3000 Thlr. betrug, wofür die Apotheke auch in der Folge von den Sachverständigen taxirt ist. D. verkaufte indessen bald darauf, nachdem er jedoch schon von der eben erwähnten Unwahrheit Kenntniß erlangt hatte, die Apotheke unter der nämlichen falschen Versicherung an K. mit Beiziehung des B., dessen noch auf der Apotheke haftende Forderung von 3000 Thlrn. K. mit dessen Zustimmung übernahm, indem er dem B. neben dem Reservat des Eigenthums auch eine Hypothek auf der Apotheke versicherte. Als aber die Zahlungszeit der 3000 Thlr. herbeikam, verweigerte sie ihm K., um sich seiner erlittenen laesio enormis zu erholen.

Das Sachverhältniß gestaltet sich unzweifelhaft als Delegation. D. ist aus dem Geschäftsverhältniß geschieden, und hat dem B. mit dessen Zustimmung einen anderen Schuldner, den K. eingestellt. B. hat demnach gegen K. die Klage des Delegatars gegen den Delegaten auf die von diesem übernommene Schuld.

Es entstand demnach die Frage, ob der debitor delegatus, nämlich der benachtheiligte Käufer K. gegen den Delegatar B. diejenige Einrede gebrauchen könne, deren sich der debitor delegans gegen seinen Gläubiger bedienen konnte? Wir haben im Eingang die Negation ausgesprochen, welche auch in den beiden ersten in der Sache ergan=

genen Erkenntnissen angenommen worden zu seyn scheint. Dagegen behauptet Fein, man müsse zwei Fragen trennen:

1) Kann der Delegat dem Delegatar die Einreden opponiren, welche er, der Delegat, dem Deleganten opponiren konnte? quod non! l. 19. D. 46. 2.

2) Kann der Delegat dem Delegatar die Einreden opponiren, welche der Delegant dem Delegatar hätte opponiren können? quod sic! da nämlich der Delegatar nur eine Scheinforderung hatte, welche durch die exc. laesionis enormis elidirt war, so fällt der Grund der entgegengesetzten Entscheidung: creditor suum recepit weg, denn er hatte ja eigentlich nichts zu fordern.

Hinsichtlich der von Fein cit. Gesetzstellen l. 7. §. 1. D. 44. 4. — l. 2. §. 4. D. 39. 5., durch welche dem beklagenswerthen K. aus der Noth geholfen werden soll, da er außerdem sich nur an D. halten könnte, von welchem nichts mehr zu erholen ist, muß bemerkt werden: sie sagen im wesentlichen übereinstimmend: wenn ich dem, den du für deinen Gläubiger hieltst, auf dein Geheiß die Summe versprochen habe, die ich dir schuldig zu seyn glaubte, so kann der wider mich Klagende mit der exc. doli zurückgewiesen werden, und durch Belangung des Stipulirenden werde ich es außerdem erlangen, daß er mir die Stipulation als erfüllt annimmt. Um aber diese Gesetzstellen auf den vorliegenden Fall anzuwenden, muß man voraussetzen, daß D. blos für eine vermeinte Schuld einen anderen Schuldner K. eingestellt habe, was nicht leicht angenommen werden kann, denn D. konnte Gründe haben, um anzunehmen, daß er mit der schwierigen exc. laes. enorm. gegen den B. nicht durchdringen werde, mithin von einer Nichtschuld nicht die Rede seyn könne.

---

§. 249.

4. Remission.*)

Dig. II. 14. Cod. II. 3. de pactis. Dig. XLVI. 4. Cod. VIII. 44. de acceptilatione. — Vergl. des folgenden besondern Theils Kap. I. von der Schenkung Fr. 4.

---

*) Die Frage, ob dieselbe auch stillschweigend geschehen könne, ist nach den Grundsätzen über stillschweigende Einwilligung zu beurtheilen; s. Bd. I. §. 36. Beispiele derselben s. l. 2. §. 1. D. 2. 14. — v. Savigny System Bd. III. §. 131., desgl. wo sie durch Interpretation angenommen wird, l. 17. §. 1. D.

1) Ist zur Giltigkeit eines Schulderlasses, wenn die Schuld mehr als 500 Ducaten betrug, gerichtliche Insinuation nothwendig?

2) [Gehört zur Wirksamkeit des Verzichts Acceptation?]

Zu 1) Diese Frage wird wohl mit Recht von den meisten Rechtsgelehrten bejaht; denn in den Gesetzen wird der reine Schulderlaß gewöhnlich als Schenkung bezeichnet, l. 9. l. 17. l. 23. l. 29. §. 1. D. 39. 5. — l. 18. C. 8. 54. — l. 1. §. 1. D. 20. 6. — l. 32. §. 26. D. 24. 1. Auch steht l. 23. D. 39. 5. nicht entgegen, welche sagt: wenn der Gläubiger seinem Schuldner für die Zukunft die Verzinsung erläßt, oder mindert, so könne eine solche Schenkung nicht in Hinsicht auf die Summe beanstandet werden. Künftige Zinsen können nämlich, da sie noch nicht existiren, auch eigentlich nicht geschenkt werden. Es ist einerlei, ob ich ursprünglich ein Capital auf eine Reihe von Jahren unverzinslich ausleihe, oder ob ich mich später dazu entschließe, es meinem Schuldner unverzinslich zu überlassen; ein unverzinsliches Leihen wird daher gar nicht als eigentliche Schenkung betrachtet, und solche Darlehen wollte das Cincische Gesetz nicht hindern, Unterholzner im Rhein. Museum Bd. II. S. 462. — Die entgegengesetzte Meinung, daß überhaupt bei einem bloßen Schulderlaß die den Schenkungen auferlegte formelle Beschränkung nicht stattfinde, welche nach Anton Faber (Cod. Fabrianus Francof. 1612. pag. 166. u. 167.) vorzüglich Steger D. de natura atque indole pacti de non petendo Lips. 1727. §. 12. vertheidigt und auch das O.-A.-Ger. zu Dresden mit Bezug auf l. 23. D. 39. 5. angenommen hat, s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1843. S. 353., findet sich vorzüglich widerlegt von Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 41., v. Langenn u. Kori Erört. ꝛc. Thl. I. S. 43. Damit stimmen überein Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 631., v. Meyerfeld Lehre v. d. Schenkungen S. 197., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 165. (§. 120.), v. Savigny System Bd. IV. S. 215., Bauer Resp. T. II. no. 68., Voet Comm. ad Pand. Lib. XXXIX. tit. 5. no. 15. a. E.

[Ueber Erlaß ewiger Renten, wozu gerichtliche Insinuation erfordert wird, s. Seuffert's Archiv XI. No. 241.]

Zu 2) [Vergl. hierüber Bacher in Ihering's Jahrbb. V. S. 222 ff.

---

22. 1. — l. 26. D. 22. 3. — Allemal wird zur Wirksamkeit eines Verzichts die Acceptation des andern Theils erfordert; v. Savigny a. a. O. Bd. IV. S. 128.

Derselbe stellt ff. Sätze auf: Im Gebiete des Personen- und des Familien-Rechts ist überhaupt kein Verzicht möglich. Bei Forderungsrechten ist dazu Acceptation unbedingt nothwendig, bei dinglichen Rechten, zu welchen auch das Pfandrecht gehört, ist Acceptation überflüssig, und ebenso gilt vom Erbrecht, daß, insoweit der Verzicht hier zulässig ist, einseitige Erklärung hinreichend und bindend ist.]

---

§. 250.

5. Confusion.

1) Erlischt eine Verbindlichkeit immer dadurch, daß Recht und Verbindlichkeit in Einer Person zusammentreffen?

Zu 1) Man kann eigentlich nicht sagen, daß die obligatio selbst auf diese Weise aufgehoben, sondern nur, daß die Person befreit werde (eximitur persona l. 71. D. 46. 1.), wenn die juristische Persönlichkeit des Einen in die des Andern übergeht. Dieser Unterschied ist nicht bedeutungslos. Stand nämlich auf jeder Seite nur Eine Person, so muß freilich nun die Verbindlichkeit aufhören, weil Niemand sein eigener Schuldner seyn kann, aber anders ist es, wenn der Gläubiger mehrere Schuldner hat, oder bei der Correalobligation. Erbt dann z. B. der Gläubiger einen dieser Schuldner, so dauert demungeachtet die Verbindlichkeit in der Person des anderen Correalschuldners fort, und nur die Verbindlichkeit des Beerbten und seiner etwaigen Bürgen ist durch Confusion erloschen; s. übrigens Bd. I. S. 127. Fr. 4—6., vorzüglich v. Buchholtz Versuche über einzelne Theile der Theorie d. h. R. R. S. 118., Bauer Resp. T. II. pag. 69. confusio interdum non tollit obligationem, tantum suspendit, Walch Controv. jur. civ. pag. 711. §. 10., Cocceji jus controv. Lib. XLVI. tit. 4. pag. 606., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 627., Koch R. d. Ford. Bd. II. §. 183. und die dort angeführten Dissertationen; Hufeland über d. eigenthüml. Geist d. R. R. Thl. II. S. 3. [Vergl. Seuffert's Archiv XV. No. 18.]

§. 251.

6. Concurs lucrativer Erwerbsgründe.

1) Wie ist die Regel zu verstehen: duas causas lucrativas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse?

Zu **1)** Diese Regel, welche man in den Gesetzen zunächst auf Vermächtnisse und sofort auch auf Schenkungen bezogen findet, wird sich am leichtesten durch folgende Exemplification erklären, um sie nicht, wie Thibaut System §. 995. sonderbar zu finden. Wenn ein Erblasser mir eine bestimmte Sache vermacht hat, welche ich später selbst durch Kauf an mich gebracht habe, so ist die Wirksamkeit des Legats doch auf die Aestimation unbestritten; s. Bd. II. Kap. X. §. 195. zu Fr. 3. a. E. Anders ist es aber, wenn meine spätere Erwerbung auf einem lucrativen Erwerbsgrund beruht, denn da ist der Erbe liberirt; ich kann nämlich dieselbe Sache nicht zweimal unentgeltlich fordern, omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset, l. 17. D. 44. 7., Mommsen Beitr. z. Obl.-R. Abth. I. S. 255. vergl. Göschen Vorles. Bd. II. Abth. 2. §. 470. Die obige Regel ist aber nicht anwendbar, wenn ich aus der zuerst erfüllten Obligation nicht die Sache selbst, sondern nur deren Werth erhalten habe, denn alsdann kann ich allerdings aus der zweiten Obligation noch die Sache selbst fordern; §. 6. J. 2. 20. — l. 34. §. 2. D. de legat. I. (30.), Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 635., **Unterholzner** Schuldverh. Bd. I. S. 565.

---

§. 252.

7. Resolutivbedingung und Endtermin.*)

1) Kann Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung von Contractsverbindlichkeiten stattfinden, deren Nichterfüllung in bestimmter Zeit Verlust des Rechts zur vertragsmäßigen Folge haben sollte?

---

*) Ueber Resolutivbedingungen s. Bd. I. §. 40. Fr. 15—17. Ueber die Erlöschungsclausel bei Lieferungsgeschäften, s. oben Kap. IV. §. 227. Fr. 9.

Zu 1) In den Statuten der meisten Actiengesellschaften findet man eine solche Bestimmung für die successiven Einzahlungsverbindlichkeiten, daß, wenn die Einzahlung in bestimmter Zeit nicht erfolgen würde, die Actie des säumigen Inhabers annullirt werde, und auch die früher geleisteten Einzahlungen an die Gesellschaft heimfallen. Man setze nun den Fall: ein Actionär wird in der Einzahlungsperiode von einem Nervenfieber befallen, welches ihm das Bewußtseyn raubt, und ihn zu allen Geschäften anhaltend untüchtig macht, so daß er dann auch die Einzahlung unterläßt. Muß nun dennoch sein Recht aus der Actie für verwirkt erachtet werden? Ein in Kritz Samml. von Rechtsf. Bd. II. no. 11. angeführtes schiedsrichterliches Urtheil ging dahin: daß er seiner Actie nicht verlustig seyn könne; denn Statuten könnten keine größere Wirksamkeit haben, als Gesetze, ein gesetzlicher Rechtsnachtheil aber werde nicht verwirkt, wenn die Unterlassung ohne alle Schuld des Verpflichteten durch unabwendbare Hindernisse bewirkt wurde.. Auch bei den Contractsverhältnissen ließen die Gesetze den für den Fall des Verzugs stipulirten Nachtheil nicht eintreten, wenn der Verzug außer der Schuld des Verpflichteten lag, oder si per eum non stetit. — Diese Entscheidungsgründe waren nun wohl, wie Kritz a. a. O. ausführlich auseinandersetzt, nicht befriedigend, denn 1) von Restitution kann nur gegen einen durch ein Gesetz angedrohten Rechtsnachtheil die Rede seyn, dergleichen Statuten können aber nur als Gesellschaftsverträge betrachtet werden; 2) das si per eum non stetit l. 23. D. 44. 7. hat der arbiter wohl nicht in dem richtigen von uns oben §. 233. zu Fr. 1. Anm. * angedeuteten Sinn genommen, nach welchem blos subjective Hindernisse nicht in Betracht kommen. Es konnte daher nur die Frage seyn: ob nach der Natur des Gesellschaftsvertrags oder Statuts oder nach richtiger Auslegung desselben anzunehmen sey, daß die nachtheiligen Folgen unterlassener Einzahlung ohne allen Unterschied eintreten müßten? Kritz a. a. O. bejaht diese Frage, und hält dafür, daß der Actionär durch Eingehung des Statuts die Gefahr des Zufalls übernommen habe; denn nach dem Wortinhalt sey eine generisch ausgesprochene Verpflichtung übernommen, die jede Art von Versäumniß in sich begreift, und nach der Natur des Actienvereins, insbesondere, da der Verein mit jedem, der eine Actie erwirbt, in den Gesellschaftsvertrag zu treten genöthigt ist, ohne daß er die Persönlichkeit des nach seiner alleinigen Willkür eintretenden Gesellschafters einer Prüfung unterwerfen kann, müsse man die Absicht als nothwendig annehmen, daß jeder Einfluß, welchen persönliche Zustände auf Erfüllung oder Nichterfüllung des Vertrags

von Seiten eines Actionärs haben könnten, beseitiget werde. Dies liege wesentlich in dem conservativem Interesse des Vereins, welches ja jeder Actionär durch seinen Beitritt auch zu dem seinigen mache. Dafür sprächen auch die gesetzlichen Bestimmungen über den commissarischen Vertrag, denn ob die lex commissoria gegen den Käufer anzuwenden sey, wird in den Gesetzen einzig davon abhängig gemacht, ob die Zahlung unterblieben sey, eine liberirende Veranlassung des Unterbleibens finden wir nur für den Fall erwähnt, wenn durch den Verkäufer selbst die Zahlung an ihn unausführbar geworden oder eine gerichtliche Inhibition eingetreten ist; l. 4. §. 4. l. 6. pr. l. 8. D. 18. 3. Die l. 23. pr. D. 22. 1. si reipublicae causa abesse subito coactus sit, ut defensionem sui mandare non possit, moram facere non videbitur, sive in vinculis hostiumve potestate esse coeperit beziehe sich nicht auf Behinderungen an Erfüllung von Contractsverbindlichkeiten, sondern nur auf eine mora in accipiendo judicio. — Dagegen dürfte indessen auf dem hier allein zulässigen Standpunkt der Interpretation, oder der dem Gesellschaftsvertrag zum Grunde liegenden muthmaßlichen Absicht in Betracht kommen, daß es im Interesse der Gesellschaft nicht liege, sich ihrer besten Kräfte, ihrer wirksamen Theilnehmer selbst dadurch zu berauben, daß sie ihnen das Unmögliche anmuthet, und die Stipulationen ad non cogitata ausdehnt, vielmehr um zu bestehen, auch an das homo sum, nihil a me alienum puto denken muß, und daß sie durch Etablirung eines Schiedsgerichts selbst die Absicht ausdrückt, zweifelhafte Fälle nach Grundsätzen der Billigkeit entschieden zu sehen. [Vergl. dazu A. D. Handelsgesetzb. Art. 220. 221.]

---

§. 253.

8. Verschiedene andere Arten der Aufhebung von Verbindlichkeiten.

1) Durch Judicat. Ob dasselbe noch eine obligatio *naturalis* übrig lasse? s. oben §. 206. S. 9. l. 28. l. 60. pr. D. 12. 6. — l. 8. §. 1. D. 46. 8., vorzüglich v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 173., Glück Thl. XIII. S. 101., Büchel civilrechtl. Erörter. Bd. II. S. 105., Francke civil. Abhandl. S. 77., Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 94., Walch controv. jur. civ. pag. 710. §. 9. (Ed. 3.)

2) Durch Unmöglichkeit der Erfüllung. Daß ein solcher Vertrag immer nichtig sey, ist wohl unbezweifelt anzunehmen; zweifelhaft ist es aber, ob der Verkäufer nur dann zu entschädigen hat, wenn ihm ein dolus s. culpa lata zur Last fällt, oder ob er immer zur Entschädigung verpflichtet sey, sofern nur dem Käufer die Unmöglichkeit der Leistung unbekannt war. Mommsen Beitr. zum Obl.=R. Abth. I. S. 118. ꝛc. nimmt nur das erstere an, v. Savigny macht im System Bd. III. §. 138. Anm. d. die Entschädigungsverbindlichkeit des Promittenten von der Voraussetzung abhängig, daß der Promittent sich bei Abschließung des Vertrags eines dolus oder einer culpa lata schuldig gemacht habe, und daß dem Promissar, indem er irrig eine Möglichkeit voraussetzte, nicht eine grobe Nachlässigkeit zur Last fällt.

3) Verwirkung des Gläubigers; diese kann eintreten durch widerrechtliche Selbsthilfe, in gewissen Fällen durch eine unstatthafte Cession.

4) Verjährung. Bei Obligationen ist zwar eigentlich die Verjährung ausgeschlossen, es kann aber wohl ein unvordenklicher Besitz der Freiheit von der libellirten Verbindlichkeit die Folge herbeiführen, daß diese nicht als existirend betrachtet werden muß. Ein solcher Fall findet sich in Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. VII. Abth. I. S. 273. Auf den Grund mehrerer Urkunden aus dem 16. u. 17. Jahrhundert klagte die Universität Marburg in den 1830er Jahren gegen einige Gemeinden auf die nach jenen Urkunden ihnen obliegenden Dienste. Die Beklagten wandten ein, daß sie seit unvordenklicher Zeit weder Dienste geleistet hätten, noch darauf in Anspruch genommen worden seyen. Diese Einrede wurde vom Oberappell.=Gericht für erheblich erkannt. Das Recht des unvordenklichen Besitzes ruht auf der Rechtsvermuthung, daß ein so lange bestandener Zustand einer rechtlichen Begründung zugeschrieben werden müsse. Der unvordenkliche Besitz hat auch das Eigenthümliche, daß er nicht, wie die praescriptio definita einen qualificirten Besitz, nämlich eine der Anforderung entgegengesetzte Verweigerung und andererseits darauf erfolgte Beruhigung, erfordert; es war vielmehr genug, daß die fraglichen Dienste, obgleich zu deren Anforderung Gelegenheit und Veranlassung vorhanden war, seit Menschengedenken nicht gefordert und geleistet worden waren. Man konnte auch in den aus früheren Jahrhunderten vorhandenen Urkunden keinen Grund finden, den Einwand des unvordenklichen Besitzes zu verwerfen, denn dazu wäre, wie wir bereits im Bd. II. §. 108. Fr. 13. bemerkt

haben, die Darlegung eines *intra* hominum memoriam stattgehabten anderen Zustandes nöthig gewesen; vergl. v. Rüling Entscheid. d. O.=A.=Ger. zu Celle no. 79. „zur Präscription eines jährlichen Kirchen= oder Schul=Praestandi ist ein 40jähriger Besitzstand nicht hinreichend, sondern es wird dazu ein unvordenklicher Besitz der Nichtleistung gefordert."

Besonderer Theil.

A. Von den einzelnen Obligationen aus Verträgen und vertragsähnlichen Verhältnissen.

I. Selbständige Obligationen.

1. Streng einseitige und solche, welche nur zufällig zweiseitig sind.

Kapitel I.

Schenkung.*)

Pauli sent. recept. V. 11. Cod. Theod. VIII. 12—15. — Inst. II. 7. — Dig. XXXIX. 5. de donationibus. XXIV. 1. de donationibus inter virum et uxorem. XXXIX. 6. de mortis causa donationibus et captio-

---

*) Es möchte vielleicht Anstoß erregen, daß der Verf. nicht diese Lehre in den allgemeinen Theil oder in die gemeinsame Betrachtung der Rechtsgeschäfte überhaupt, nach dem Beispiel der neueren Rechtslehrer aufgenommen, sondern als ein einzelnes Rechtsgeschäft behandelt und ihr daher eine Stelle unter den obligatorischen Verträgen angewiesen hat; allein ein blos für den Praktiker bestimmtes Werk hat seine eigenen Rücksichten zu beobachten. Ueberdem fehlt es ja auch für diese Stellung nicht an Vorgängern (s. die Lehrbücher von Thibaut §. 559., Heise Bd. III. §. 207., Mühlenbruch §. 440., Mackeldey §. 421.), und allgemein anerkannt ist, daß die Schenkung vertragsmäßiger Natur sey, was freilich früher von Manchen bezweifelt wurde; Walch controv. jur. civ. §. 1. pag. 455. (Donatio non est contractus). Nunmehr gereicht es zur vollständigen Beruhigung des Verf., in einer Recension der 1. Auflage seines Werks ausgesprochen zu finden, „daß über kurz oder lang allgemein diese Lehre wieder dem speciellen Theile vindicirt werden wird." [Letzteres kann zwar der Herausgeber nicht einräumen, denn die strenge Systematik verweist den Schenkungsbegriff unwiderleglich in den allgemeinen Theil (Lehre von den Verträgen, causa liberalis); allein consequent müßten dann auch noch andere Lehrstücke z. B. die Intercession eben dorthin verwiesen werden. In einem praktischen Handbuch ist aber freilich das System nicht der Hauptgesichtspunkt für die Stoffvertheilung. Vergl. dazu Arndts Pand. §. 80. Anm. 5., v. Keller Pand. S. 123.]

nibus. — Cod. V. 16. de donationibus inter virum et uxorem et a parentibus in liberos factis et de ratihabitione. VIII. 54. de donationibus. VIII. 55. de donationibus, quae sub modo, vel conditione vel certo tempore conficiuntur. VIII. 56. de revocandis donationibus. VIII. 57. de donationibus causa mortis.

§. 254.

1. Begriff und Arten.

Man versteht unter Schenkung ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, bestehend in einem Weggeben aus dem eigenen Vermögen, in der Absicht, dem Andern aus freier Gunst einen Vermögensvortheil zuzuwenden. Dieses kann auf verschiedene Art geschehen, man kann donationis causa dare, obligare, liberare. Das obligare ist auf zweierlei Art denkbar, nämlich, daß der Schenkende entweder gegen sich selbst oder gegen einen Dritten eine Forderung gewährt. Ebenso ist es mit dem liberare. Eine Schenkung kann pure, sie kann sub modo, oder auch sub conditione geschehen.*) Bedingter Natur ist die donatio mortis causa,**) schlechthin nämlich bedingt dadurch, daß der Be=

*) Ueber ein negotium mixtum cum donatione s. l. 18. pr. D. 39. 5. — l. 38. D. 18. 1. — l. 11. §. 1. D. 12. 1., v. Savigny Syst. Bd. IV. §. 154., v. Meyerfeld Lehre v. d. Schenk. §. 17. Bei diesen gemischten Geschäften muß, wenn sich wegen mangelnder Insinuation ein Anstand erhebt, der Geldwerth des auf die Schenkung fallenden Antheils ermittelt werden. Dieser ist dann ganz nach den Regeln der Schenkung zu beurtheilen, in Ansehung der Insinuation, des Verbots in der Ehe und des Widerrufs aus besonderen Gründen. — Von verkleideten oder verschleierten Schenkungen s. v. Savigny a. a. O. §. 134. u. 154. S. 100., v. Hohnhorst Jahrbücher des O.-H.-Ger. zu Mannheim Jahrg. X. S. 11., Struben rechtl. Bed. Bd. IV. S. 322 ff. u. 492. — Ueber die Möglichkeit einer Schenkung durch bloße Unterlassungen, l. 5. §. 6. l. 44. D. 24. 1. — l. 1. §. 7. D. 38. 5., Schilling Lehrb. Bd. III. S. 766. Anm. ee., v. Savigny a. a. O. S. 563. Vom Einfluß der Schenkung auf dritte Personen (personas interpositas) s. ebend. S. 587.

**) Daher die non mortis causa donatio im Gegensatz donatio vera et absoluta heißt; l. 35. §. 2. l. 42. §. 1. D. 39. 6. Von der donatio m. c. überhaupt s. Bd. II. Kap. XII. §. 200. — Zur Literatur über diese Materie ist noch nachzutragen: Wiederhold in Linde's Zeitschr. Bd. XV. S. 96., Gottschalk Disc. for. T. II. cap. 27. donatio omnium bonorum mortis causa num jure Saxonico coram Notario et testibus rite celebrari possit; Reinhardt verm. Aufsätze aus dem Gebiete der reinen und angewandten Rechtswissensch. H. 2. S. 49. u. 72., Tübinger krit. Zeitschr. f. R.-W. Bd. VI. S. 401. — v. Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. I. S. 335. vertheidigt

schenkte nicht vor dem Schenker sterbe, indem ja der Schenker schlechthin in Bezug auf seinen Todesfall disponirt, es sey nun aus der allgemeinen Betrachtung der Gewißheit des Todes, oder einer ihm gegenwärtig drohenden Lebensgefahr, l. 35. §. 4. D. 39. 6. — l. 42. §. 1. eod., ingleichen bedingt durch die Freiheit des Widerrufs von Seiten des Schenkers während seiner Lebzeiten, l. 30. D. 39. 6., insofern er nicht auf diese Freiheit ausdrücklich verzichtet hat; l. 13. i. f. D. 39. 6. An diese einleitenden Bemerkungen knüpfen sich folgende Fragen:

1) Woran ist vorzüglich zu erkennen, ob ein vorliegendes Geschäft als donatio inter vivos oder mortis causa zu betrachten sey?
2) Genügt zur Schenkung einer Forderung die bloße Uebergabe der darüber verlautenden Schuldurkunde? und umgekehrt: ist die Schenkung auch ohne jene Uebergabe perfect?
3) Besteht das Geschäft, wobei der Constituent wissentlich mehr versprochen hat, als er schuldig ist, als Schenkung?
4) Inwiefern ist die unentgeltliche Entsagung eines Rechts oder einer Forderung einer Schenkung gleich zu achten?

Zu 1) Die Beurtheilung ist besonders deswegen schwierig, weil zum Begriff der donatio m. c. die Erwähnung des Todes gar nicht nothwendig gehört, l. 43. D. 39. 6., und auch dessen wirkliche Erwähnung noch nicht für dieselbe durchaus entscheidend ist, indem man sagen kann, non tam mortis causa, quam morientem donare, l. 42. §. 1. D. 39. 6., endlich weil das Wort donatio beide Arten der Schenkung

den Satz, daß beim Mangel der Acceptation eine donatio m. c. gleichwohl als Fideicommiß aufrecht erhalten werde. — Ueber den Unterschied zwischen einer Schenkung unter Lebenden u. von Todes wegen s. Elvers' prakt. Arbeiten ꝛc. no. 1., Arndts Pand. §. 80. a. E. Ueber die juristische Natur der Schenkungsurkunden s. jurist. Zeitg. v. Schlüter u. Wallis Bd. VIII. S. 25. u. 36. Bd. IX. S. 4. — Der in einem Heirathsvertrage gebrauchte Ausdruck vermachen widerstreitet schlechterdings nicht einer Schenkung unter Lebenden. Auch steht der Mangel einer ausdrücklichen Acceptation einer Schenkung unter Lebenden in einem Ehevertrage der Giltigkeit derselben nicht entgegen; s. Archiv f. d. Civil- u. Criminalr. d. K. Preuß. Rheinprovinzen Bd. XVIII. S. 257. Ueber mehrere einschlagende Fragen s. daselbst Bd. XX. S. 232. Bd. XXII. S. 225. Gegen die gemeine Meinung behauptet die Unwiderruflichkeit der donatio m. c. nach dem deutschen Recht der Erbverträge Schirach im civilist. Archiv Bd. II. S. 297. no. 31.

begreift; l. 67. §. 1. D. 50. 17. Allgemeine Regeln lassen sich, wie schon Bd. II. Kap. XII. zu Fr. 3. bemerkt wurde, nicht hierüber angeben.*) Viele legen darauf ein entscheidendes Gewicht, ob von Todeswegen disponirt oder nur die Vollziehung der Disposition auf das künftige Ableben ausgesetzt ist; Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. 2. §. 27. quoties mentio mortis facta est in verbis *dispositivis*, toties est donatio mortis causa, quoties autem mentio mortis facta est in verbis *executivis*, toties est donatio inter vivos. E. c. si quis in morbo constitutus diceret: „*dono tibi centum*, qui *solventur* tibi, si ex hoc morbo obiero, est donatio inter vivos. Hiermit stimmt überein Leyser Sp. 438. med. 2., Struben rechtl. Bed. Bd. III. no. 19., Cramer Obs. jur. univ. T. III. obs. 800., v. Hartitzsch Entscheid. no. 360., Thibaut Syst. §. 566. (§. 907. d. a. A.), Voet Comm. ad Pand. Lib. 39. tit. 5. §. 4., Rambohr Erfahrungen Th. III. S. 644., Schirach civilist. Archiv Bd. II. S. 315. Z. B. A. hatte auf seinem Krankenbette zum Protocoll seinem treuen Geschäftsführer B. zugesagt, daß er außer einem ihm zugedachten Vermächtniß, zu seinem besseren Auskommen, sein Salaire nach wie vor, so lange er lebe, behalten solle, welches B. mit einem Handkuß acceptirte, und sich dafür bedankte. Zufolge des eben bemerkten Grundsatzes**) wurde dieses als

*) In abstracto scheint zwar die Unterscheidung nicht schwierig; denn von der Schenkung unter Lebenden, welche sogleich perfect wird und dem Beschenkten ein unwiderrufliches Recht gewährt, weicht die Schenkung von Todeswegen insofern gänzlich ab, daß erst mit dem Tode des Schenkers ihre volle Wirksamkeit und Unwiderruflichkeit eintreten soll, wobei dann auch immer vorausgesetzt wird, daß der Beschenkte den Schenker überleben werde; allein wenn die eine oder die andere Absicht in dem Schenkungsversprechen nicht deutlich ausgedrückt ist, so wird die Entscheidung oft zweifelhaft.

**) Als vollkommen durchgreifend möchte derselbe gleichwohl nicht betrachtet werden können, daher er auch von angesehenen Rechtsgelehrten bestritten wird, Haubold Opusc. T. I. pag. 492. Mit Recht bemerkt v. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 105., auch bei der donatio m. c. werde die Exaction erst durch den Tod fällig. Die Gesetze wollen nur auf die Absicht gesehen wissen, l. 1. D. 39. 5., und dies ist allein das Wahre; aber das oben bemerkte Criterium kann nicht als allein entscheidend angesehen werden. Man hätte im oben erzählten Falle sich leicht zur Annahme einer donatio m. c. veranlaßt finden können, für welche l. 34. D. 39. 6. in dem Falle entscheidet, si quid stipuletur in annos singulos, quoad viveret, scilicet ut post mortem promissoris incipiat exactio. Es wurde aber doch gewiß ganz richtig für eine donatio inter vivos entschieden, denn die Absicht des Schenkers war sichtlich keine andere, als die: B. soll das Salaire schenkungsweise erhalten, wenn die bisherige causa durch den Tod des Geschäftsherrn aufhören würde. Der

eine Schenkung unter Lebenden erkannt; Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. I. S. 723.

Die A. verspricht dem B., daß er, wenn er ihr in ihrer Ehescheidungssache einen Beistand abgeben würde, nach ihrem Tode 250 Fl. zum Voraus erhalten und außerdem noch als einer ihrer nächsten Verwandten miterben solle. Später errichtet sie ein Testament, worin sie den B. ungeachtet der von ihm wirklich empfangenen Dienste ganz übergeht; der von ihr eingesetzte Universalerbe wurde gleichwohl zur Zahlung der 250 Fl. an B. verurtheilt, indem anzunehmen war, daß das Versprechen von der Verstorbenen nicht aus Rücksicht auf ihren Tod (mortis causa), sondern aus Rücksicht auf die zu leistenden Dienste ertheilt war; v. Gönner auserl. Rechtsf. u. Ausarbeit. Bd. I. no. 10. — Frau v. G. versprach ihrem Arzte in einem mit ihm errichteten Vertrage, wenn er ihr, so oft es ihre Gesundheitsumstände erforderten, ärztlichen Beistand leisten würde, ihm jährlich 10 Thlr. zu zahlen, und in einer noch zu machenden Verfügung ein Vermächtniß von 300 Thlrn. auszusetzen, so daß auch seine Kinder, wenn er vor ihr sterben würde, diese 300 Thlr. erhalten sollten. Sie starb aber ohne Testament, und deshalb weigerten sich die Erben, dem Arzte die 300 Thlr. zu zahlen. Gleichwohl wurden sie vom Kammergericht in Berlin und nachher auch in Revisorio zur Zahlung aus dem Grunde verurtheilt, weil jener Vertrag nicht als eine dispositio mortis causa, sondern als ein contractus innominatus do ut facias anzusehen sey, in welchem die Zahlung des Honorars von 300 Thlrn. nur bis zum Tode der Frau v. G. aus-

Tod kam hier nur in eine zufällige entfernte und nicht in unmittelbare Beziehung. In Gmelin u. Elsässer gemeinnütz. Beobacht. u. Rechtsf. Thl. V. S. 1. wird folgender Schenkungsfall erzählt: N. erklärte in einer Urkunde: „Mein Stiefsohn ist mir zwar, laut einer von sich gestellten Obligation, ein noch von seinem Vater herrührendes Capital von 4000 Fl., zu 5 Proc. verzinslich, schuldig. Weil er aber bei Uebernehmung der väterlichen Güter einen harten Stand bekommen, und sich gegen mich immer gebührend benommen hat, auch hoffentlich ferner benehmen wird, so soll derselbe zwar mir die Zinsen alljährlich ad dies vitae abgeben, dahingegen ihm nach meinem Tode das Capital der 4000 Fl. selbst geschenkt und erlassen, mithin die in Händen habende Obligation sogleich mit meinem Ableben cassirt und erloschen seyn." Dies wurde in §. 10. der Entscheidungsgründe als eine Schenkung unter Lebenden angesehen, und zwar aus dem beigefügten Grunde: weil des Todes nur in verbis executivis und nicht in verbis dispositivis erwähnt sey. Diese Entscheidung scheint zweifelhaft, denn sichtlich beabsichtigte die Schenkerin, daß die Schenkung erst mit ihrem Tode perfect werden sollte, und schenkte unter der Voraussetzung, daß der Donatar sie überleben werde.

gesetzt wurde; Stengel prakt. Ausarbeit. Bd. III. S. 225. Die Gesetze bezeichnen den Unterschied zwischen der donatio m. c. und inter vivos sehr charakteristisch dahin: Bei der einfachen Schenkung gönnt der Schenker die Sache dem Beschenkten mehr als sich selbst, bei der Schenkung von Todeswegen ist der Geber auf sich bedacht, und wünscht aus Liebe zum Leben vielmehr zu behalten als zu geben, nur wenn er es nicht mehr besitzen kann, will er es dem Beschenkten lieber überlassen, als seinen Erben; l. 1. l. 35. §. 2. D. 39. 6. Nach diesen Grundsätzen wurde in folgendem Falle für eine donatio m. c. erkannt. Fabius erklärt: er wolle seiner mitanwesenden Halbschwester B. von seinem Vermögen die Summe von 3100 Mark schenken, behalte sich jedoch sowohl die freie Disposition über diese Summe, als auch den Genuß der Zinsen bis zu seinem Tode vor. Die bei seinem Tode noch rückständigen Zinsen aber sollten seiner obgedachten Halbschwester oder, falls sie schon verstorben, deren Kindern anheimfallen.*) Der Schenkgeber bezeichnete nun sechs ausstehende Forderungen, welche zusammen 3100 Mark betrugen, worüber in der Folge die Schuldurkunden der Schenknehmerin zugestellt wurden, welche auch die Acceptation dieser Schenkung erklärt hatte. Durch ein Testament widerrief Fabius in der Folge diese Schenkung, welche sofort für eine donatio m. c., mithin für widerruflich, auch wirklich erkannt wurde. Der Vorbehalt der freien Disposition wurde nämlich als beweisend dafür angenommen, daß mit dem Tode nicht blos die Erfüllung der Schenkung, sondern auch erst der Anfang des Rechts der donataria beginnen solle. Ein Anderes wäre es, wenn Fabius sich blos die Verwaltung der Capitalien vorbehalten hätte; Pufendorf Observ. no. 36. Einen ähnlichen Fall findet man auf gleiche Weise entschieden in Leyser Med. Vol. 6. Sp. 438. med. 2. und Klein merkw. Rechtssprüche der Halleschen Juristenfac. Thl. III. S. 379.

Das Wesen der donatio m. c. wird dadurch, daß der Schenker verspricht, seine Schenkung, so lange er lebt, nicht zu widerrufen, nicht aufgehoben, l. 13. §. 1. l. 27. l. 35. §. 4. D. 39. 6. — Nov. 87. pr. cap. 1., Thibaut Syst. §. 565. Anm. h., Unterholzner

---

*) Der Schenkgeber substituirte hier also der donataria, und dadurch ist, obgleich das Ueberleben der Beschenkten wesentliche Bedingung der donatio m. c. ist, doch der Rechtsbegriff einer Schenkung von Todeswegen nicht ausgeschlossen, l. 10. l. 42. D. 39. 6., Pufendorf Observ. no. 36., weil dem mortis causa Beschenkten auch ein Fideicommiß auferlegt werden kann; l. 11. i. f. D. 33. 4. — l. 77. §. 1. D. de leg. II. (31.) — l. 8. §. 2. D. 2. 15., v. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 116.

Schuldverh. Bd. II. S. 499., v. Savigny Syst. Bd. IV. S. 241.; aber die Clausel: ut *nullo casu* revocetur, mithin auch, wenn der Beschenkte vor dem Schenker stürbe, würde freilich, als mit der donatio m. c. absolut unverträglich, die Schenkung, selbst wenn sie vom Schenker eine donatio m. c. genannt wäre, in eine donatio inter vivos verwandeln; Vinnius sel. quaest. Lib. II. cap. 34., v. Schröter a. a. O. S. 109., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. Med. 14., Walch controv. j. c. pag. 466. (Ed. 3.) Ueber diese Vereinigung der l. 27. l. 35. §. 2. D. 39. 6. mit l. 13. §. 1. l. 35. §. 4. D. 39. 6. — Nov. 87. pr. cap. 1. f. vorzüglich v. Savigny a. a. O. Anm. f.

Ob es nicht auch eine Schenkung unter Lebenden mit einer auf den früheren Tod des Beschenkten gestellten Resolutivbedingung gebe, wie Schilling Lehrb. Bd. III. S. 812. Anm. 9. aus l. 37. §. 3. D. de leg. III. (32.) — l. 42. pr. D. 39. 6. deducirt, oder ob dies allemal eine donatio m. c. sey, wie Hasse im Rhein. Mus. Bd. II. S. 364. und v. Meyerfeld Lehre v. d. Schenk. Bd. I. S. 404. annimmt, ist zweifelhaft; aber gewiß ist die Meinung des Letzteren, daß, wenn der Schenker bei der donatio m. c. sich ausdrücklich das Reuerecht vorbehalten hat, dieses wenigstens dann auf seine Erben übergehe, wenn diese beweisen, daß der Erblasser seine Absicht, die Schenkung rückgängig zu machen, auf irgend eine Art zu erkennen gegeben habe, als mit dem Wesen der donatio m. c. unvereinbarlich zu verwerfen; Schilling a. a. O. S. 810. Anm. l. Tradition und Acceptation des Geschenks schließt die donatio m. c. nicht aus; l. 42. D. 39. 6.

Wenn die eigentliche Absicht des Schenkers nicht ermittelt werden kann, so soll nach der gewöhnlichen Lehre eine Schenkung unter Lebenden vermuthet werden; Stryck Us. mod. Pand. Lib. 39. tit. 6. §. 2., Leyser Sp. 438. med. 2., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1009., Thibaut Syst. §. 565., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. (§. 207.) S. 264., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 231. Anm. 5., v. Hartitzsch Entscheid. no. 360. Diese Annahme ist besonders in dem Falle sehr natürlich, wenn ein Dritter in einem Ehevertrage zur Erleichterung der Lasten des Ehestandes schenkt, gesetzt auch, daß die Eheleute erst nach seinem Tode das Geschenk erhalten sollen, dagegen Schenkungen der Eheleute unter sich vielmehr auf den Todesfall geschehen zu seyn vermuthet werden, besonders wenn reciproce geschenkt ist; Struben rechtl. Bed. Bd. III. no. 19.*)

*) Das Preuß. Landrecht Thl. I. Tit. 11. §. 1134—39. beseitigt alle dieser Materie eigenthümlichen Schwierigkeiten durch die Festsetzung: wenn der Wi-

Haben sich zwei Personen wechselseitig etwas von Todeswegen geschenkt, und sterben Beide zugleich, so können von keiner Seite die Erben etwas zurückfordern, l. 26. D. 39. 6., weil Keiner den Andern überlebt hat.

Zu 2) Zum Beweis der schenkungsweise geschehenen Abtretung würde freilich, wie oben in der Lehre von der Cession bemerkt wurde, der bloße Besitz des Schuldbocuments nicht genügen, wohl aber bewirkt Tradition die Perfection der erweislichen Schenkung, welche als causa zum Grunde liegen muß.

Die Translation einer Forderung kann übrigens auch durch eine bloße Cessions-Urkunde*) geschehen, l. 2. C. 8. 54., v. Meyerfeld Lehre v. d. Schenk. Bd. I. S. 257., und nicht minder durch Beauftragung meines Schuldners, einem Dritten (meinem Donatar) die Zahlung zu leisten; l. 34. §. 7. l. 49. D. 46. 3. Zum Beweis der Acceptation genügt es dann, daß der Beschenkte sich im Besitz der Schenkungs-Urkunde befindet, er braucht nicht auch noch zu beweisen, durch Tradition in den Besitz gekommen zu seyn; Pauli rec. sent. Lib. V. tit. 11. §. 2., Seuffert u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. II. S. 345. Eine stillschweigende Acceptation liegt auch in der Annahme des dem Beschenkten von der Behörde mitgetheilten, über den Schenkungsact aufgenommenen Protocolls; Seuffert's Archiv Bd. I. S. 372.

Zu 3) Mehrere verneinen dies, weil ein Constitut niemals eine neue Verbindlichkeit begründe, und nur auf die schuldige Summe gelte, l. 11. §. 1. D. 13. 5., daher in Erwägung, daß eine Schenkung nie vermuthet werde, die darauf gerichtete Absicht deutlich ausgedrückt seyn müsse; Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XIII. tit. 5. §. 9., Zoesius Comm. ad. Dig. h. t. no. 10., Perez Praelect. in Cod. Lib. IV. tit. 19. no. 7.; allein die Gesetze sagen: Wer wissentlich eine Nichtschuld zahlt, hat die Absicht, zu schenken, l. 7. §. 2. i. f. D. 41.

---

derruf bis zum Tode nicht ausdrücklich vorbehalten worden, so gilt das Geschäft immer als unwiderrufliche donatio inter vivos, wenn es gleich eine Schenkung von Todeswegen genannt, oder die Uebergabe bis nach dem Ableben des Schenkenden verschoben worden ist. Eine Ausnahme macht nur die rücksichtlich naher Todesgefahr gemachte Schenkung.

*) Diese Frage findet sich nach Preuß. Recht beurtheilt in Matthis allgem. jurist. Monatsschrift f. d. Preuß. Staaten Bd. VI. S. 196. — Von der Schenkung durch Cession überhaupt s. Richter Aufsätze über verschiedene Rechtsfragen, gezogen aus Civilrechtssprüchen der höheren Gerichtsstellen des Königr. Würtemberg S. 134. — Ueber die Schenkungsart durch Delegation s. v. Meyerfeld a. a. O. S. 259. no. 8., v. Savigny System Bd. IV. S. 125.

4. — l. 9. pr. C. 4. 5. — l. 53. D. 50. 17., und warum sollte dies nicht auch von Demjenigen gelten, welcher wissentlich etwas verspricht, was er nicht schuldig ist? Glück Thl. XIII. S. 397., Voet Comm. Lib. XIII. tit. 5. §. 7.

Zu 4) Der freiwillige Erlaß einer Schuld bleibt immer Schenkung, wenn auch der Schuldner gar nicht im Stande gewesen wäre, sie zu bezahlen; l. 22. §. 3. l. 82. D. 35. 2. — l. 31. §. 1. u. 4. D. 39. 6. Er ist daher, wenn er nicht transactionis, sondern donationis causa geschieht, auch an die Vorschrift der Insinuation bei einer 500 solidos übersteigenden Summe gebunden (s. oben Kap. VI. des allgem. Theils §. 249. v. d. Remission). Er kann zwar auch durch Pollicitation nach deren eigenthümlichen Voraussetzungen (ebendas. Kap. V. §. 235.), sowie durch dotis dictio geschehen; hiervon abgesehen aber bedarf die Remission, insbesondere auch, wenn sie schenkungsweise geschieht, der Acceptation, denn nur durch diese bekommt die Remission die Natur eines Vertrags, und vor dieser kann der Verzicht stets zurückgenommen werden; s. Bd. I. §. 12. zu Fr. 8., v. Savigny Syst. Bd. IV. S. 128., v. Meyerfeld a. a. O. §. 13. no. 15. Man findet zwar auch Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung, welche sich auf l. 23. D. 39. 5. beziehen, und auf den Grundsatz stützen, daß Beschränkungen der Gesetze auf den möglichst geringen Umfang zu reduciren seyen; allein die l. 23. cit. bezieht sich blos auf die früheren Beschränkungen der Schenkung, und wenn man sie auch auf die Insinuationsvorschrift beziehen darf, so erklärt sie doch nur beim futuri temporis usuras remittere die Insinuation für überflüssig, wie Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 41. weiter ausgeführt hat, welchem auch v. Wening-Ingenheim in der 4. Ausg. seines Lehrb. des Civilr. unter Widerruf seiner früheren Meinung gefolgt ist, womit übereinstimmt Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 631., Bauer Resp. T. II. no. 68., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 442.; vergl. Francke civil. Abhandl. S. 49—52. Die bloße Erklärung eines Gläubigers, daß der Andere ihm nichts mehr schuldig sey, daß er Alles bezahlt habe, kann nicht blos als Ausdruck eines Erlaßvertrags, sondern auch einer Quittirung angesehen werden, und ist in letzterem Falle ohne Wirkung, wenn sie erweislich auf einem Irrthum beruht; l. 40. pr. D. 2. 14. — l. 6. l. 13. C. 8. 43., v. Savigny a. a. O. S. 129. [Vergl. dazu A. D. Handelsgesetzb. Art. 294.]

§. 255.

Fortsetzung: Remuneratorische Schenkung.*)

1) Ist dieselbe in Hinsicht auf das Bedürfniß der Insinuation auf Widerruflichkeit wegen Undankes u. s. w. den gesetzlichen Einschränkungen der Schenkungen unterworfen?
2) Ist insonderheit der Schenker der Evictionsverbindlichkeit dabei unterworfen?
3) Ist es zur Constituirung einer remuneratorischen Schenkung nothwendig, daß der Grund derselben vom Schenker angeführt sey?
4) Ist sie Vormündern und Minderjährigen erlaubt?
5) Kann auch bei ihr dem Schenker das benef. competentiae nicht versagt werden, sowie die Befreiung von Verzugszinsen?

Zu 1) Manche Rechtslehrer sprechen der remuneratorischen Schenkung einen eigenthümlichen Charakter gänzlich ab, verwerfen wohl sogar den Begriff selbst, Kritz über die Richtigkeit des Begriffes der remunerator. Schenk. in s. Samml. v. Rechtsf. Bd. I. S. 1., und stimmen dahin überein, daß remuneratorische Schenkungen jeder gesetzlichen Vorschrift und Beschränkung der Schenkungen unterworfen seyen; Höpfner Institt. §. 409. Anmerk. *, Schildner D. de differentiis inter donationem simplicem et remuneratoriam spuriis. Jenae 1798., Roßhirt gem. deutsch. Civilr. Bd. II. §. 466., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 237. und v. Keller Pand. §. 71. Andere, z. B. Leyser Sp. 436. med. 1., Gebr. Overbeck Meditt. Thl. II. S. 287. Thl. IV. S. 323., und fast durchaus auch v. Bülow Abhandl.

---

*) Ob remuneratorische Schenkungen unter Ehegatten giltig seyen? s. Bd. I. §. 57. zu Fr. 3. Ob donat. remuneratoriae der Collation unterworfen sind? s. Bd. II. §. 186. S. 962.; vergl. die in Kritz Rechtsf. Bd. I. S. 27—32. für die (vom Verf. selbst zwar nicht gebilligte) verneinende Entscheidung der letzteren Frage angeführten Präjudicien des K. Sächs. A.-Ger., desgl. v. Hartitzsch Entscheid. no. 359., vorausgesetzt, daß zu den geleisteten Diensten keine positive Verbindlichkeit vorhanden war, und die Schenkung nicht außer Verhältniß mit denselben erscheine; Mahir über die Natur und Wesenheit der donatio remuneratoria. München 1828., G. L. Böhmer auserl. Rechtsf. Bd. I. Abthl. II. no. 51. Bd. II. Abthl. I. no. 126.

Bd. II. Abthl. I. S. 84., unbedingt Thibaut Syst. §. 569., Hufeland Abhandl. aus d. Civilr. Bd. II. S. 249., v. Schröter in den Erlanger Jahrbüchern der jurist. Literatur Bd. XI. S. 8., Walch controv. jur. civ. pag. 463. (Ed. 3.), erachten sie im Gegentheil von allen gesetzlichen Vorschriften und Beschränkungen, welchen Schenkungen unterworfen sind, für befreit, und wieder Andere stellen eine mittlere Meinung auf, indem sie die remuneratorische Schenkung zwar frei von der Widerrufsbefugniß wegen Undank, aber nicht frei von der Insinuation*) und vom Verbot in der Ehe betrachten; Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 30., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. (§. 213.) S. 269., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 503., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 125., Mühlenbruch Doctr. Pand. §. 445.

Der Grundsatz, daß eine Schenkung, sie mag nun remuneratorisch gegeben seyn, oder nicht, den allgemein in den Gesetzen gebotenen Beschränkungen der Schenkung unterworfen sey, scheint unter den Neueren und wohl mit Recht vorherrschend geworden zu seyn. Er ist größtentheils schon früher von Marezoll a. a. O. entwickelt und vollständig von v. Savigny System Bd. IV. §. 153. durchgeführt, dessen Gründe sehr gut zusammengestellt sind in Seuffert u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. VII. S. 327. Uebereinstimmend sind: Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. Med. 267., v. Meyerfeld Lehre v. d. Schenk. Bd. I. §. 19., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 237., Mackeldey Lehrb. §. 425., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 270. Mit vorzüglicher Schärfe hebt Puchta Pand. §. 71. die richtige Ansicht hervor: ist etwas als Belohnung gegeben, gleichviel ob man dazu positiv verpflichtet war, oder nicht, so ist es keine Schenkung; abgesehen von diesem Falle aber unterliegt die Gabe den Grundsätzen von der Schenkung. Das Motiv der Dankbarkeit allein

---

*) Das O.-A.-G. zu Celle hat die von einer Stiefmutter ihrem Stiefsohne wegen vieler Gefälligkeiten, und weil er ihrem Wunsche gemäß und aus Rücksicht für sie einer Heirath entsagt hat, welche für ihn sehr vortheilhaft gewesen wäre, gemachte, aber nicht gerichtlich insinuirte Schenkung nur bis auf 500 solidos für giltig erkannt; Pufendorf Obs. jur. univ. T. I. obs. 18. pag. 33. Auffallend ist es, daß Thibaut Syst. §. 569. (Ed. 8.) ebenso wie in den früheren Ausgaben lehrt: die remuneratorische Schenkung bedürfe nach der gewöhnlichen Ansicht bei Summen über 500 Ducaten keiner Insinuation, während man in Braun Dictaten zu Thibaut §. 903. liest: „Mit Recht leugnet Marezoll den gewöhnlichen Satz, daß remuneratorische Schenkungen keiner Insinuation bedürfen ꝛc.“ und §. 910.: „Dieser in praxi angenommene Satz läßt sich nicht wohl aus den Gesetzen rechtfertigen.“

entzieht ihr also den Charakter der Schenkung nicht; aber auch umgekehrt kann man sagen, das Motiv der Dankbarkeit macht eine Handlung nicht schlechthin zur Schenkung. Z. B. A. hat dem B. eine Verschreibung des Inhalts gegeben: Eingedenk der Unterstützung und Freundschaft, welche B. mir überhaupt und besonders bei meinen Geschäften erwiesen, will ich ihm aus Dankbarkeit 10,000 Thlr. in der Weise übereignet haben, daß meine Erben alsbald nach meinem Tode ihm diese Summe auszahlen sollen; jedoch habe ich dabei die Bedingung gemacht, daß dafür B. in seinem neu erbauten Hause mir ein bequemes Logis einräumen und, wenn ich es verlange, an seinem Tische zeitlebens mich unentgeltlich aufnehmen soll. — Dies wurde, weil es nicht auf die causa movens, sondern auf das Wesen des Geschäfts ankommt, von der Leipziger Facultät nicht für eine donatio remuneratoria, sondern für einen contractus vitalitius erkannt; Emminghaus Sächs. Pand. S. 591. no. 18. Zwar starb A. wenige Monate nachher, ohne in das Haus des B. gezogen zu seyn; aber ein solcher Contract gilt, auch wenn der Leibzüchter noch gar nicht angefangen hat, die Leistungen zu empfangen; l. 3. §. 4. D. 12. 4. — l. 8. C. 4. 64. — l. 10. C. 4. 6. Ob des Gebers Absicht auf eine Belohnung gerichtet, oder nur aus dankbarer Gesinnung*) seine Schenkung entsprungen war, ist, wie v. Savigny a. a. O. S. 94. bemerkt, eine blos factische Frage, cf. l. 27. D. 39. 5.; zu weit aber geht Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. 2. §. 30., wenn er, um erstere annehmen zu können, schlechterdings nur ejusmodi merita, quae aliquam praestandi necessitatem amplectuntur, i. e. quorum nomine agi potest, voraussetzt, denn da könnte die Eigenschaft eines Lohnes wohl gar nicht in Frage gezogen werden; v. Quistorp Beitr. S. 865. Auch die bloße Meinung, zu einer Leistung rechtlich verpflichtet zu seyn, würde in Bezug auf selbige den zu jeder Schenkung erforderlichen animus donandi ausschließen; l. 1. pr. §. 1. D. 39. 5., Schilling Lehrb. Bd. III. S. 817. Anm. ii.

Daß Manche der remuneratorischen Schenkung den Rechtsbegriff von Schenkung, welcher gleichwohl in l. 29. pr. D. 39. 5. — l. 214. D. 50. 16. bestimmt ausgedrückt ist, durchaus absprechen, ist gewiß nicht zu billigen. Was könnte jenes Geben dann sonst seyn, als eine datio ob causam. Dies kann es aber wieder nicht seyn, weil es dann, wenn es aus Irrthum gegeben war, vom Geber würde zurück-

---

*) Ohne Zweifel ist dies anzunehmen im Verhältniß zwischen Ehegatten und zwischen Eltern und Kindern.

gefordert werden können; davon ist aber gerade bei der donatio ob causam das Gegentheil verordnet, und damit der Unterschied von der datio ob causam genugsam bezeichnet; l. 52. l. 65. §. 2. D. 12. 6. — l. 3. §. 7. D. 12. 4., Glück Thl. XIII. S. 22., v. Savigny a. a. O. Wenn man also die remuneratorische Schenkung dem Rechtsbegriff von Schenkung unterwerfen muß, so müssen auch deren gesetzliche Regeln und Einschränkungen für sie gelten, insoweit die Gesetze nicht selbst eine Ausnahme für sie statuiren.*) Es ist aber nur Ein Gesetz, l. 34. §. 1. D. 39. 5., vorhanden, welches zu ihren Gunsten, nämlich zum Behuf ihrer Unwiderruflichkeit, eine Ausnahme macht, und zwar eine solche, welche nach v. Savigny a. a. O. S. 96. u. 235., v. Meyerfeld a. a. O. Bd. I. S. 374., Puchta Pand. §. 71. und Koch a. a. O. Bd. III. §. 237. einer allgemeinen Ausdehnung auf alle geleisteten Dienste, wie Manche, z. B. Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 35., Schilling Lehrb. Bd. III. S. 960., Mühlenbruch D. P. §. 445. und v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 125., annehmen, nicht fähig ist, weil der Grund derselben (es handelt sich nämlich darum, ob auch ein Geschenk, welches Jemand dem Retter seiner Freiheit und seines Lebens gemacht hat, widerruflich sey?) von unvergleichbarer Art ist, und im Gesetz gerade auf die völlige Unschätzbarkeit des Dienstes, welche von anderen Diensten nicht behauptet werden kann, das entscheidende Gewicht gelegt ist. Das Bedürfniß einer positiven Grenze, um unbesonnene Verschwendung unschädlich zu machen, ist da ganz undenkbar, wo das höchste Gut auf dem Spiele steht, gegen welches alle übrigen Werthe verschwinden. Daher sagt hier Paulus V. 11. §. 6.: in infinitum donare non prohibemur. Alle gesetzlichen Beschränkungen, deren gemeinsamer Erfolg Widerruf ist, müssen daher hier, vermöge des Ausspruches: haec donatio irrevocabilis est, hinwegfallen; s. v. Savigny a. a. O. S. 98., v. Keller a. a. O.

Wenn Mehrere aus Veranlassung der l. 25. §. 11. D. 5. 3. der remuneratorischen Schenkung überhaupt eine obligatio naturalis**)

---

*) So wird auch im Archiv f. Civil- u. Criminalr. d. K. Preuß. Rheinprovinzen Bd. XII. S. 160. daraus, daß das Gesetz keinen Unterschied zwischen einfachen und remuneratorischen Schenkungen gemacht hat, die Schlußfolge gezogen, daß auch letztere in der für die Schenkungen überhaupt vorgeschriebenen Form geschehen können.

**) Consequent würde hieraus hervorgehen: 1) daß die über 500 Solidos sich belaufende Schenkung bei mangelnder Insinuation zwar nicht klagbar, aber nach geschehener Erfüllung keiner Zurückforderung mehr unterworfen wäre;

als Substrat unterlegen [s. z. B. Seuffert's Archiv XIII. No. 26.], so steht dem entgegen, daß die römische obligatio naturalis etwas ganz Anderes ist, als was wir moralische Verbindlichkeit nennen. Sie ist nämlich wirklich eine rechtliche Verbindlichkeit, zwar nicht klagbar, aber doch durch exceptio und compensatio geltend zu machen. Dies kann man aber von Liebesdiensten und Gegendiensten nicht sagen; auf jene kann man keine exceptio und compensatio gründen, und das Recht, das Geschenkte zu behalten, wird nicht durch die vorhergegangene Leistung, sondern lediglich durch die Schenkung erworben; Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 30., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 125. Man kann daher das naturaliter obligaverint in l. 25. §. 11. D. 5. 3. nur im eigentlichen Sinne genommen betrachten, wie z. B. das Wort debitor in l. 54. §. 1. D. 47. 2., wenn es da heißt: beneficii debitorem sibi acquirere, wo der debitor unmöglich im juristischen Sinne verstanden werden kann; v. Savigny a. a. O. S. 93. Anm. i., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 237. Anm. 1. Wer eine oblig. naturalis erfüllt, schenkt nicht; l. 19. §. 4. D. 39. 5., Schilling Lehrb. Bd. III. §. 352. S. 796.

Zu 2) Viele Rechtsgelehrte, welche die remuneratorische Schenkung als ein negotium onerosum ansehen, bürden einem solchen Schenker auch die bei allen lästigen Verträgen stattfindende Evictionsverbindlichkeit auf; Mynsinger Obs. Cent. IV. obs. 75., Gaill Obs. Lib. II. obs. 38. no. 5. u. 6. obs. 39. no. 14., Stryck Us. mod. Lib. 39. tit. 5. §. 17., Carpzov Jurispr. P. II. const. 12. def. 15. no. 5., Boehmer jus novum controv. Obs. 123., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. S. 286., v. Bülow Abhandl. Bd. II. Abthl. I. S. 89. Wenn man aber in der remuneratorischen Schenkung den wesentlichen Begriff von Schenkung als einer datio nullo jure cogente, l. 29. pr. D. 39. 5. — l. 82. D. 50. 17., nicht verkennen kann, so kann man auch bei ihr die gesetzliche Befreiung des Schenkers von der Evictionspflicht nach l. 18. §. 3. D. 39. 5. nicht in Abrede stellen; Kritz Rechtsfälle Bd. I. S. 17., Walch controv. jur. civ. pag. 468. §. 13., Cocceji jus controv. Lib. 21. tit. 2. qu. 6., Wunder-

---

2) ebenso, wenn von Personen, die sich unter einander nicht beschenken, oder überhaupt gar nicht schenken dürfen, eine remuneratorische Schenkung gegeben worden wäre; 3) daß sie wegen Undankes nicht zurückgefordert werden könnte, aber gegen die Klage aus dem Versprechen die Einrede des Undankes Wirkung hätte; Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 503. S. 321., Seuffert u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. II. S. 346., größtentheils auch v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. (§. 213.) S. 269.

lich D. de evictione in donatione remuneratoria non praestanda, Jenae 1754., Glück Thl. XX. S. 246., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 524., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 610.

Zu 3) Die specielle Anführung der Dienstleistungen wird von Manchen für nothwendig angesehen, Ludovici Usus pract. Distinct. juris Lib. 39. tit. 5. dist. 1., von Anderen nicht; v. Quistorp Beitr. S. 852. Allerdings kann aus der Nichtanführung nur die Nothwendigkeit des Beweises für den Afferenten entspringen; v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. (§. 213.) S. 270., v. Bülow a. a. O. S. 90. no. 9., Böhmer Rechtsfälle Bd. I. no. 51., Glück Thl. XXVI. S. 201., welcher dahin gerichtet seyn müßte, daß die geleisteten Dienste von solcher Art waren, welche gewöhnlich nicht unentgeltlich geleistet werden, und nicht solche, auf welche der Schenker ein jus perfectum hatte. Die specielle Anführung der in Vergeltung gezogenen Dienste, welche der Schenker erhalten zu haben bekennt, kann aber auf kürzerem Wege die richterliche Ueberzeugung bewirken, ob es solche Dienste waren, welche die Vergeltung mehr als Lohn, denn als Geschenk charakterisiren, wie l. 27. D. 39. 5. im Beispiel zeigt. Richtig bemerkt Leyser Sp. 436. med. 2. und Stryck D. de bene meritis cap. 2. no. 3., wenn die Bezeugung des Schenkers, daß sich der Beschenkte um ihn wohl verdient gemacht habe, ohne Weiteres die Schenkung zu einer remuneratorischen, mit dem behaupteten Effect der Unwiderruflichkeit zu machen vermöchte, so würde wohl bald gar keine einfache Schenkung zu finden seyn.

Zu 4) Daß Vormündern und Minderjährigen eine remuneratorische Schenkung erlaubt sey, wie z. B. Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1006. kann umsoweniger aufgenommen werden, als dieser Satz selbst von solchen Rechtslehrern, welche eine obligatio naturalis unterstellen, verworfen wird; Thibaut Syst. §. 569., l. 12. §. 3. D. 26. 7. — l. 25. D. 4. 4. Doch ist dem Minderjährigen gegen Ehrenausgaben seines Vormundes das benef. restitut. nicht gestattet; l. 9. §. 1. D. 4. 4. — l. 1. C. 2. 30.

Zu 5) Diejenigen Rechtsgelehrten, welche die donatio remuneratoria gar nicht für eine wahre Schenkung erkennen wollen, sprechen consequent einem solchen Schenker auch die mit der Schenkung verbundenen beneficia ab, v. Bülow a. a. O. S. 87. no. 5. u. 6., Thibaut Syst. §. 569. (Ed. 8.); wogegen Diejenigen, welche den Schenkungsbegriff auch bei ihr anerkennen oder auch nur in einer oblig. naturalis eine Abweichung von der einfachen Schenkung finden, auch dem benef. comp. und der Freiheit von Verzugszinsen gleicher-

weise Raum geben; Schweppe a. a. O. §. 503., v. Wening-Ingenheim a. a. O. (§. 213.) S. 270., Hufnagel Mittheil. a. d. Praxis der Württ. Civilgerichte Bd. I. no. 36. Nach der von uns zur Fr. 1. angenommenen Meinung können wir ebensowenig dem remuneratorischen Schenker die Begünstigungen absprechen, welche die Gesetze ohne Unterschied dem Schenker angedeihen lassen; Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 383.

---

§. 256.

Fortsetzung: Donatio omnium bonorum.*)

1) Ist in der Schenkung des ganzen Vermögens auch später Erworbenes für inbegriffen zu erachten?
2) Wenn die donatio omnium bonorum dahin lautet: omnia mea bona tam mobilia quam immobilia, oder mea bona, mobilia et immobilia: sind dann auch Forderungen und jura für inbegriffen zu erachten?
3) Ist die donatio omnium bonorum auch inter vivos zulässig?

---

*) In Bd. II. §. 133. zu Fr. 7. (S. 641.) ist schon bemerkt worden, daß sie keine Universalsuccession begründe, und daß sie immer nur deducto aere alieno zu verstehen sey. Darunter sind nämlich diejenigen Schulden gemeint, welche der Schenker zur Zeit der Schenkung schon hatte, denn die späteren gehen den Beschenkten nichts an; Struben rechtl. Bed. Bd. I. no. 178. Bd. V. no. 42., Elvers' Themis Bd. I. S. 347., v. Meyerfeld Lehre v. d. Schenk. Bd. II. S. 3., Kind Qu. for. T. IV. pag. 241. donatarius omnium bonorum an et quatenus aes donatoris alienum exsolvere teneatur; Elvers u. Bender's allgem. jurist. Ztg. v. J. 1829. S. 286. u. 289. Bemerkungen über die donat. omn. bon. im Verhältniß zu den Gläubigern des Schenkers und die act. Pauliana. Thon gesammelte Rechtsfälle Bd. I. S. 252. über die Rechte und Verbindlichkeiten eines donatar. omn. bonor. in Ansehung eines gegen die Schenkerin aufgetretenen Consensgläubigers. — Der aufgestellte Grundsatz gilt aber auch von der Schenkung einer Vermögens-Quote; certa pars bonorum intelligitur deducto aere alieno; Mantica D. de tac. et amb. convent. Lib. 13. tit. 25. no. 6. u. 7., v. Meyerfeld a. a. O. S. 8. u. 26., cf. l. 1. C. 8. 41. Eine Universalklage aus der Schenkung gegen dritte Besitzer des Vermögens oder einzelner Stücke desselben gibt es nicht, nur auf den Grund der aus dem geschenkten Vermögen bereits erworbenen einzelnen Rechte kann man gegen Dritte klagen; Mühlenbruch im civilist. Archiv Bd. XVII. S. 398 ff.

4) Bleiben von der Verbindlichkeit des Schenkers, die im Ganzen versprochenen omnia bona zu überliefern, die von ihm mit Zustimmung des Beschenkten veräußerten Sachen auch dann ausgenommen, wenn der Schenker sie in der Folge wieder acquirirt hat?

5) Wenn bei der Schenkung eines Vermögens-Ganzen sich der Schenker einige Stücke zur freien Disposition vorbehalten hat, fallen diese, wenn er in der Folge nicht mehr darüber disponirt hat, seinen Intestaterben oder dem Donatar zu?

Zu 1) Den Grundbegriffen zufolge ist diese Frage zu verneinen; arg. l. 7. D. 34. 2., v. Meyerfeld Lehre v. d. Schenk. Bd. II. §. 21., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 237., Mühlenbruch im civilist. Archiv Bd. XVII. S. 276. u. 345., Stryck D. de cautel. contract. Sect. III. cap. 9. §. 4., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 39. tit. 5. §. 31.

Zu 2) Demjenigen, was hierüber im Pfandrecht Bd. II. §. 125. Fr. 6. bemerkt ist, können noch verschiedene Meinungen beigefügt werden. Die auffallendste stellt Giphanius lect. Alt. ad l. 35. §. 4. C. de donat. dahin auf, daß in der Formel: dono tibi mea bona mobilia et immobilia, die nomina und jura für inbegriffen, in der Formel aber: omnia mea bona tam mobilia quam immobilia nicht für inbegriffen zu erachten seyen. Gaill Obs. pr. Lib. II. obs. 11. no. 9. u. 10. bezeugt die Praxis des vormaligen Reichskammergerichts in Ansehung der don. omnium bonorum dahin: daß Forderungen, wenn sie auf bewegliche Sachen gehen, den Mobilien, wenn sie aber auf unbeweglichen Sachen zustehen, den unbeweglichen zugerechnet werden, Servituten endlich auch den unbeweglichen, quia rebus immobilibus inhaerent.

Zu 3) Aeltere Rechtsgelehrte verneinen diese Frage aus dem Grund, weil dadurch die Freiheit zu testiren aufgehoben würde, unbedingt; Carpzov P. V. Resp. 65., Schilter Exerc. jur. Ex. 43. §. 19., Grass D. de reserv. bonorum liberae testandi facultatis praeservativo. Tub. 1710., Mantica l. c. tit. 26. no. 14. u. 28., oder wenigstens insofern, als die donatio omnium bonorum auch künftiges Vermögen umfassen soll, indem man doch das selbst noch nicht Erworbene auch nicht verschenken könne; Giphanius l. c. no. 31. 38. 48. ibique cit. aut. Andere hingegen tragen gegen ihre Zulässigkeit kein Bedenken, weil sie in keinem Gesetz besonders verboten, vielmehr

in mehreren Gesetzen als Rechtsgeschäft unbeanstandet erwähnt sey; l. 35. §. 4. C. 8. 54. — l. 5. C. 3. 29. — l. 4. C. 10. 51. — l. 17. §. 1. D. 42. 9. — l. 8. C. 8. 56. — l. 4. C. 4. 38. Daß auch ein unbestimmter künftiger Erwerb Gegenstand eines actus inter vivos seyn könne, beweise die societas omnium bonorum, l. 73. D. 17. 2., mithin müsse auch die Schenkung künftiger Güter unter Lebenden angehen. Quilibet suarum rerum moderator atque arbiter est, l. 21. C. 4. 35. Hierin stimmen überein: Leyser Sp. 433. med. 2., Plate D. de donatione omnium bonorum Francf. 1681., Walch contr. j. c. pag. 462. (Ed. 3.), Cocceji jus controv. Lib. XXXIX. tit. 5. qu. 6., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VII. S. 23. — Dagegen deducirt v. Savigny Syst. Bd. IV. §. 159., daß sie, wenn sie auch das künftige Vermögen umfasse, nach römischem Recht ungiltig, und auch nicht in tantum, nämlich mit Beschränkung auf das zur Zeit der Schenkung bestandene Vermögen aufrecht zu halten sey, wie Manche nach dem Grundsatz utile per inutile non vitiatur dafür halten; nach deutschem Recht gesteht er aber die Giltigkeit als Folge der Zulässigkeit der Erbverträge zu.

Zu 4) Für die Bejahung dieser Frage entscheidet die Analogie ähnlicher Fälle; arg. l. ult. C. 8. 26., v. Meyerfeld a. a. O. Bd. II. Abth. I. S. 25.

Zu 5) Den Intestaterben kann nur dasjenige zufallen, was der Schenker ausdrücklich von seiner Schenkung ausgenommen, oder was er erst nach der auf das gegenwärtige Vermögen in der Regel einzuschränkenden donat. omn. bon. erworben hat. Wenn aber der Schenker sich blos vorbehalten hat, über gewiße Stücke zu disponiren, aber dann doch nicht darüber disponirt hat, so müssen diese, da der Ausnahmsfall nicht eingetreten ist, bei dem Vermögensganzen, mithin dem Donatar verbleiben; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VII. S. 23., Pufendorf Obs. jur. univ. P. IV. obs. 48. u. 89., Koch a. a. O. Bd. III. §. 236. S. 181., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 269. (§. 212.)

Anmerkung: Wenn Jemand mittels einer Schenkung unter Lebenden sein ganzes Vermögen oder wenigstens den größten Theil desselben auf einen Andern überträgt, der Schenker aber dadurch in Armuth geräth, so ist der Donatar zu dessen Ernährung verbunden, arg. l. 4. D. 25. 3., und es können dafür, wenn Gefahr vorhanden ist, daß er das Vermögen leichtsinnig durchbringen möchte, Sicherheitsmaßregeln ange-

ordnet werden, umsomehr, als die Schenkung ja sogar wegen so groben Undanks widerrufen werden könnte; Leyser Sp. 433. med. 3. u. 4., Claproth Jurispr. heurem. pag. 249., Beck Resp. pag. 857.

---

§. 257.

Fortsetzung: Vermuthete Schenkung.

1) Wann genügt zum Beweis der Schenkung schon das Factum der Uebergabe?

2) Unter welchen Personen wird das Gegebene als unentgeltlich, mithin als Geschenk vermuthet?

Zu 1) Der Grundsatz: nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si — aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur, l. 31. D. 41. 1., erleidet hier eine Modification, indem da, wo ein Grund zu einer Wiedervergeltung vorhanden ist, die Schenkung aus der bloßen Uebergabe vermuthet wird; arg. l. 26. pr. D. 12. 6. — l. 8. D. 20. 2., Thibaut Syst. §. 569., v. Bülow Abhandl. Bd. II. Abth. I. S. 84., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 270. (§. 213.), Glück Thl. V. S. 384. Bd. XIII. S. 123.

Zu 2) Unstreitig wird das, was Eltern ihren Kindern*) ohne Vorbehalt zur Förderung ihres physischen oder moralischen Wohls gegeben haben, als Geschenk vermuthet, l. 1. l. 11. C. 2. 19. — l. 50. D. 10. 2. Dasselbe gilt auch von der Mutter eines unehelichen Kindes rücksichtlich der demselben gegebenen Alimente, zu welchen sie nur subsidiär, nämlich bei Mittellosigkeit des natürlichen

---

*) Hierbei ist jedoch an die gesetzliche Ungiltigkeit der Schenkungen unter Ehegatten zu erinnern, welches auch auf Schenkungen von und an Personen, die mit einem der Ehegatten durch das Band der väterlichen Gewalt verbunden sind, erstreckt ist. Z. B. der Vater setzte aus seinem Vermögen für den Sohn eine vom Staat privilegirte Lotterie, und machte mit dem genommenen Loos einen ansehnlichen Gewinn. Nachmals fiel er in Concurs; kann nun der Sohn jenen Gewinn als eigenthümliches Vermögen liquidiren? Nein, denn die Schenkung hätte erst durch den Tod des Vaters, oder durch Emancipation des Sohnes Kraft gewinnen können; l. 31. §. 2. D. 39. 5. — l. 25. C. 5. 16.

Vaters, verbunden wäre, l. 5. §. 14. D. 25. 3. — Gottschalk Disc. for. T. III. Cap. X., Klein D. de donatione praesumta. Rostock 1689.; desgleichen von den Großeltern, l. 34. D. 3. 5.

Manche Rechtslehrer dehnen dies, zufolge l. 15. C. 2. 19., auch auf Stiefeltern aus, v. Langenn und Kori Erörter. Th. I. S. 9. Anm. 20., allein das angeführte Gesetz stellt hier durchaus keine Präsumtion auf, eine solche wird auch von den meisten Rechtsgelehrten nicht angenommen, Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 610. Anm. m., v. Hartitzsch Entscheid. no. 356., Glück Thl. V. S. 384. Ebensowenig läßt sich für das Verhältniß zu Oheim, Tante, Neffe ꝛc. in der dafür a. a. O. angeführten l. 27. §. 1. D. 3. 5. eine solche Präsumtion auffinden.

Selbst im Verhältniß leiblicher Eltern zu ihren Kindern ist aber auch das Verwandtschaftsband für sich selbst schon nicht zur Begründung einer vermutheten Schenkung hinreichend, sondern, wie man aus vielen Gesetzstellen abnehmen kann, nur in Verbindung mit der Natur des Gegebenen entscheidend; l. 27. §. 1. l. 34. l. 44. D. 3. 5. — l. 1. l. 13. l. 15. C. 2. 19. — l. 50. D. 10. 2. — l. 17. C. 8. 51. Was nämlich für physisches oder moralisches Wohl der Kinder gegeben ist, wird immer als Pietät angesehen, nicht durchaus aber, was die Eltern in Vermögensangelegenheiten ihrer Kinder verwenden. Favorabilior est expensa in persona, quam in rebus cf. l. 11. C. 2. 19., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 610. Anm. m., Seuffert u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. IX. S. 22. Die von einer Gemeinde Armen gereichten Unterstützungsbeiträge können nicht als unwiderrufliche Schenkung angesehen werden, sondern sowohl von dem Empfänger, wenn er zu besseren Vermögensumständen gelangt, als auch nach seinem Tod aus seinem Nachlaß zurückgefordert werden; Gottschalk Disc. for. T. I. cap. 30. pag. 312.

Vermuthet wird endlich eine Schenkung von Demjenigen, welcher etwas gibt, während ihm wohl bekannt ist, daß er nichts zu geben schuldig ist; l. 1. i. f. l. 26. §. 8. l. 50. l. 62. D. 12. 6. — l. 53. l. 82. D. 50. 17. — l. 50. D. 46. 3. — l. 47. D. 38. 1. — l. 7. §. 2. i. f. D. 41. 4., v. Meyerfeld a. a. O. Bd. I. S. 42., Seuffert und Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. XX. S. 96.

§. 258.

Schluß: Donatio sub modo.*)

1) Welche Zuständigkeiten kann der Schenker geltend machen, wenn der Beschenkte den dem Geschenk beigefügten modus nicht erfüllt?

Zu 1) Der Schenker kann nicht nur auf Erfüllung klagen, falls nämlich der modus eine Leistung an den Geber (nicht an einen Dritten) enthält, sondern auch — ohne Unterschied des einen oder des anderen Falles — mittels einer condictio ob causam datorum das ganze Geschenk zurückfordern, wenn der Beschenkte nicht blos ohne seine Schuld**) außer Stand gesetzt ist, den modus erfüllen zu können, sondern denselben willkürlich, doloser oder culposer Weise, unerfüllt gelassen hat, l. 3. l. 8. C. 4. 6., Arndts Pand. §. 83. sub 2. Hierin unterscheidet sich die Modalschenkung, welche eigentlich ein gemischtes Geschäft, nämlich der Form nach ein Contract do ut des oder do ut facias ist, von den Innominatcontracten, bei welchen nach R. R., auch wenn den Empfänger kein Vorwurf trifft, das Gegebene vor erhaltener Gegenleistung aus bloßer Reue zurückgefordert werden konnte. Bei der Modalschenkung ist aber wenigstens nach neuerem Recht zum Widerruf ein besonderer Grund nöthig, nämlich die Undankbarkeit, welche in der verweigerten Erfüllung der mit dem Geschenk verbundenen Verpflichtung liegt, l. 10. C. 8. 56. Besteht der modus in einer für den Schenker bedungenen Alimentenleistung, so ist derselbe noch besonders begünstigt durch die Berechtigung zur Vindication; l. 1. C. 8. 55.

Ist der modus auf eine Leistung an einen Dritten gerichtet, so schiene diesem wohl eigentlich kein Klagrecht zuzustehen, wenn er nicht an dem Vertrag Theil genommen hat; das neuere Recht gestattet

---

*) S. hierüber vorzüglich v. d. Pfordten Abhandl. aus dem Pand.-R. no. 4. S. 290.

**) Z. B. wenn mir Jemand ein Haus mit der Verbindlichkeit schenkt, aus dessen Einkünften ihn lebenslang zu alimentiren, und das Haus brennt ab, so cessirt die Alimentenforderung, hat er mir aber das Haus schlechthin sub onere alimentandi geschenkt, und es brennt ab, so kann der Schenker demungeachtet die Alimente von mir fordern, weil ich, indem ich Eigenthümer des Hauses geworden bin, die Gefahr zu tragen habe.

ihm aber doch eine actio utilis, l. 3. C. 8. 55.; vgl. v. Savigny Syst. Bd. IV. S. 103. u. 280., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 238., Volley Betrachtungen über verschiedene Rechtsmaterien S. 257., über die l. 3. C. 8. 55. — Bergmann D. de natura donat. sub modo. Goett. 1808., v. Meyerfeld a. a. O. §. 20., Schnauss D. de effectibus et natura modi donationibus adjecti. Jenae 1804.

Die Meinung Einiger, daß die Modalschenkung, weil sie ein negotium mixtum sey, überhaupt von der Insinuation und Revocation frei sey, Leyser Sp. 435. med. 3., Mühlenbruch Lehrb. §. 443., läßt sich wohl nicht vertheidigen, s. vielmehr dagegen l. 25. C. 8. 54., Puchta Pand. §. 71. Anm. f., v. Savigny a. a. O. §. 154. 175., Arndts Pand. §. 83. Anm. 3., Seuffert's Archiv V. No. 168.

Anmerkung: Unter den verschiedenen Arten der Schenkung kommt zwar auch die Schenkung unter Ehegatten in Betracht, dieselbe ist aber bereits Bd. I. §. 57. behandelt worden. In Ansehung der dort S. 609. erörterten Streitfrage 6.: ob eine nicht durch Tradition vollzogene, sondern nur versprochene Schenkung unter Ehegatten dann convalescire, wenn der Schenker sie bei Lebzeiten nicht widerrufen hat, ist für die verneinende Meinung noch anzuführen v. Hartitzsch Entscheid. no. 357., für die bejahende Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. §. 700.

---

§. 259.

2. Erfordernisse der Schenkung.

a) In formeller Hinsicht.

1) Inwieweit ist die Schenkung an Förmlichkeiten gebunden?
2) Genügt zur donatio mortis causa die Zuziehung von 4 Zeugen, wenn außerdem noch ein Notar beigezogen wurde? und gelten auch Frauenzimmer als Zeugen?
3) Ist zur Giltigkeit einer jeden Schenkung die Acceptation nöthig? und kann dieselbe auch stillschweigend ertheilt werden?
4) Auf welcherlei Art kann die Eigenthumsübertragung bei einer Schenkung bewirkt werden?

5) Insofern eine 500 Solidos (nach heutigem gemeinen Recht Ducaten) übersteigende Schenkung gerichtlicher Insinuation bedarf, um für das Uebermaaß Geltung zu erlangen, fragt sich, ob die Insinuation nur bei dem competenten Gericht stattfinde?*)

6) Genügt auch die verschlossene Uebergabe der Schenkungsurkunde bei Gericht?

6a) Sind in Ländern, in welchen ein Privilegium der Siegelmäßigkeit für Adelige und andere höhere Stände besteht, welches der eigenen Besiegelung ihrer außergerichtlichen Rechtsgeschäfte gleiche Kraft mit der gerichtlichen Fertigung verleiht, auch die Schenkungsurkunden siegelmäßiger Personen von dem Erforderniß der gerichtlichen Insinuation für befreit zu achten?

7) Ist eine beschworene Schenkung nicht auch beim Mangel der erforderlichen Insinuation aufrecht zu erhalten?

8) Gilt für Geschenke an piae causae eine solche Befreiung?**)

*) Die sehr reiche Literatur über das hiermit in Verbindung zu setzende ältere Recht der lex Cincia, und dessen spätere Fortbildung, s. Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 233., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 122. Beizufügen ist Warnkönig im civil. Archiv Bd. XX. S. 421., cf. Fragmenta Vaticana §. 249. 263. 302–311. und v. Keller Pand. §. 67.

**) Von den unbestrittenen, aus den Lehrbüchern bekannten Ausnahmsfällen wird hier Umgang genommen; Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 27. zählt denselben auch noch die donatio propter nuptias bei. Dies ist aber nur in dem von uns im Bd. I. §. 61. zur Frage 2. bemerkten Sinn zu nehmen. Die donatio propter nuptias bleibt nämlich nur für die Frau, auch bei unterbliebener Insinuation, giltig, nach Nov. 119. c. 1., und dies ist auch in Nov. 127. c. 2. bestätigt; für die Frau gilt also die Ausnahme, allein dem Mann bleibt die Unterlassung der ihm im Gesetz zur Pflicht gemachten Insinuation allerdings schädlich. Er soll nämlich, wenn die Heirathsanträge und ihre Erfolge ihm die Forderung des Heirathsguts oder eines Theils desselben gewähren, keine Klage haben, wenn er das Gegengeschenk nicht hat protocolliren lassen; Nov. 127. c. 2. Die Giltigkeit seiner etwaigen Ansprüche auf eine 500 solidos übersteigende dos aus den Dotalpacten ist von der Beobachtung der Insinuationsform bei der donatio propter nuptias abhängig; Marezoll a. a. O., Cujacii Expos. Nov. 119. — Daß die Erlassung einer Schuld keinen Ausnahmsfall von der Insinuationsschrift begründe, ist bereits im vorstehenden §. 254. zu Fr. 4. bemerkt. Nur als eine singuläre Meinung kann noch angeführt werden, daß Manche die Insinuation bei einer donatio reciproca deshalb für überflüssig halten, weil da keine Täuschung zu befürchten sey, indem Jeder wisse, was er gegen das Weggegebene erhalte, und zum Tausch auch keine Insinuation erfordert werde; Struben rechtl. Bed. Th. IV. Bed. 184., Becker Samml. merkw. Rechtsf. Bd. IV. S. 601.

9) Wie ist die Nothwendigkeit der Insinuation hinsichtlich der Summe zu bestimmen, wenn Mehreren zugleich eine Schenkung gemacht wird? oder wenn Einem mehrere Schenkungen zu gleicher Zeit oder zu verschiedenen Zeiten gemacht werden?

10) Wie, wenn das Recht des Schenkers an dem geschenkten Gegenstand nur auf bonae fidei possessio beschränkt ist?

11) Wie dann, wenn ein bloßer Nießbrauch, oder

12) wenn eine jährliche Rente geschenkt ist?

13) Kann das, was über die gesetzliche Summe hinaus ohne Insinuation geschenkt wurde, auch vom Dritten zurückgefordert werden?

Zu 1) Der häufige Wechsel der Kaiserlichen Verordnungen über die Schenkung hat zwar zur Verdunkelung dessen, was am Ende eigentlich Rechtens sey, geführt, doch bedarf wohl die daraus entstandene Streitfrage: ob nicht auch eine die Summe von 500 solidos nicht übersteigende Schenkung, sie mag nun durch Tradition oder obligatorischen Vertrag bewirkt werden, die Zuziehung von 3 Zeugen erforderlich mache, wie Marezoll in Grolmann u. Löhr's Magazin Bd. IV. S. 175. und v. Schröter in Linde's Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. II. S. 132. auszuführen bemüht waren,*) unserer näheren Beleuchtung nicht mehr, da diese Meinung, wenn sie auch nicht als von Andern bereits entkräftet zu erachten wäre, v. Savigny System Bd. IV. §. 165., wenigstens nie in die Praxis übergegangen,**) diese vielmehr nach l. 35. §. 5 l. 6. l. 13. C. 8. 54. folgenden Grundsätzen treu geblieben ist. Eine Schenkung unter Lebenden, welche 500 solidos nicht übersteigt, bedarf gar keiner Förmlichkeit. Ihr Wesen beruht auf datio oder promissio einer- und acceptatio andererseits. Dieses gilt auch von der donatio mortis causa***).

---

*) Wodurch auch Thibaut schwankend wurde; s. System §. 561. und Braun Dictaten §. 902.

**) Wie in den Erlanger Jahrb. der jurist. Literatur Bd. I. S. 71. bei Beurtheilung der Marezoll'schen Abhandlung richtig bemerkt wurde, Glück Thl. XIII. S. 397., Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 126., Mühlenbruch D. P. Vol. II. §. 442., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 264. (§. 208.)

***) Nach l. ult. C. 8. 57. obwohl nicht unbestritten, denn Viele erachten im Sinne Justinian's für die donatio m. c. eine Stipulation als nothwendig,

Uebersteigt die Schenkung dieser oder jener Art 500 solidos, so bedarf sie einer Form, welche inter vivos nur in gerichtlicher Insinuation, wenn sie aber mortis causa geschieht, entweder in der Insinuation, oder in der Codicillarform bestehen kann; v. Bülow Abhandl. Bd. II. Abth. I. S. 142., v. Savigny a. a. O. S. 261., v. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 143., Hasse Rhein. Museum Bd. III. S. 410., Seuffert Lehrb. d. prakt. Pand.=R. §. 647., Mackeldey Lehrb. §. 737., v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 208. (§. 54.), Haubold Opusc. T. I. no. 10., Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. II. S. 344., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 563.*) Indem nun eine oder die andere Form gewählt werden kann, muß die gewählte auch vollständig beobachtet werden; Schmidt hinterl. Abhandl. üb. verschied. prakt. Rechtsmaterien Bd. I. S. 10. behauptet daher mit Grund: „mangelt es im zweiten Fall an der Zahl der Zeugen, so kann die nachher erfolgte gerichtliche Bestätigung den Mangel nicht ersetzen, wenn nicht der Schenker selbst vor Gericht erschienen und also ein neuer Act darüber erhoben ist, der für sich Vollgiltigkeit hat.“ Darüber, wie der Justinianeische Solidus zu berechnen sey, herrscht keine vollkommene Uebereinstimmung. Der wahre Werth desselben wird auf etwa 5 schwere Gulden berechnet; v. Savigny in d. Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. Bd. VI. S. 392. Die Praxis hat denselben in dem Werth, in welchem der Ungarische Ducaten ursprünglich ausgeprägt wurde, nämlich zu $2^2/_3$ Thlr. oder 4 Fl. im 20 Fl.=Fuß, gewöhnlich angenommen, wonach 500 solidi = 2000 schwere Gulden oder 100 Mark fein Silber oder 1400 Preuß. Thlr. seyn würden, Arndts Pand. §. 81. Anm. 1., v. Keller Pand. §. 67. — aber allgemein feststehend ist diese namentlich von Sächsischen Praktikern angenommene

---

und folglich einen formlosen Vertrag nicht für hinreichend; Haubold Opusc. T. I. pag. 462., v. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 133., Hasse Rhein. Museum Bd. II. S. 310. Anm. 116. Im heutigen Recht ist aber die Frage über Justinian's Sinn ohne Einfluß, weil bei uns der formlose Vertrag unstreitig überall an die Stelle der Stipulation tritt; v. Savigny Syst. Bd. IV. S. 250.

*) Durch die gründliche Prüfung der oben angeführten Schriftsteller wird die Meinung Einiger, als sey für die donatio m. c. nur die Codicillarform zuläßig, s. Müller über die Natur der Schenkung auf den Todesfall §. 27. u. 28., Schmidt hinterlassene Abhandl. herausgeg. von Faselius Bd. I. S. 10., wiederholt in Linde's Zeitschr. Bd. XV. S. 96. als entkräftet betrachtet werden können.

Praxis nicht, wie v. Savigny System d. R. R. Bd. IV. S. 210. behauptet, vielmehr haben angesehene Gerichtshöfe, selbst in Sachsen, den Werth des Ducaten im Geldhandel zur Zeit der Schenkung angenommen; s. Emminghaus Sächs. Pand. S. 143. no. 164.

Zu 2) Ein hinlänglicher Grund, warum der Notar nicht die Stelle des 5ten Zeugen zu ersetzen vermöchte, dürfte sich wohl nicht auffinden lassen; Schmidt a. a. O.

Zweifelhafter ist die Zulässigkeit weiblicher Zeugen. Diejenigen, welche sie bei Codicillen behaupten, s. Bd. II. S. 878. Fr. 4., v. Hartitzsch Entscheid. no. 360., J. L. Schmidt hinterl. Abhandl. Bd. I. S. 10., Leyser Med. Vol. V. Sp. 378. Corr. 1., können sie wohl bei der donatio m. c. ebensowenig in Zweifel ziehen. Indessen hat die Ansicht Anderer, daß die Codicillarzeugen nicht als bloße Beweiszeugen, sondern als Solennitätszeugen zu betrachten seyen (Spangenberg Comm. de muliere ob testium solennitatem testimonii ferendi experte. Goett. 1770., und die bereits am vorhin angezeigten Ort von uns angeführten Schriftsteller), wohl mehr für sich, und dann entsteht die Frage: ist, wie v. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 144 u. 150. annimmt, die Zuziehung von 5 Zeugen eine ganz specielle Form für die Schenkung auf den Todesfall, ohne Zusammenhang mit der allgemeinen Form der Codicille, deren übrige Bestimmungen daher auch nicht angewendet werden dürften? dann könnte man unbedenklich die 5 Zeugen nur als Beweiszeugen, wozu auch Frauenzimmer befähigt sind, oder als Surrogat des gerichtlichen Insinuations-Acts betrachten, — oder beabsichtete Justinian in l. ult. C. 8. 57. u. Nov. 87., was wahrscheinlicher ist, s. v. Savigny Syst. Bd. IV. S. 263., Hasse Rhein. Museum Bd. III. S. 410., nichts anders als eine einfache Hinweisung auf die Codicillarform, dann muß man, wenn man auch nicht eben alle Erfordernisse eines Codicills auch auf die in Codicillarform errichtete donatio m. c. anwendbar erachtet, wozu nach v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 563. II. kein hinlänglicher Grund vorhanden scheint, doch alle Qualitäten der Codicillarzeugen auch bei ihr erfordern; v. Vangerow a. a. O.

Zu 3) Es ist zwar nicht zu leugnen, daß zuweilen Schenkungen vor sich gehen, ohne daß der Beschenkte nur etwas davon weiß, z. B. wenn ein Fremder dem Ehemann eine dos gibt oder verspricht, so erwirbt die Frau, ohne an dem Geschäft Theil genommen zu haben, die dotis actio gegen den Mann für den Fall der Auflösung der Ehe; die Befreiung eines Schuldners durch eine ohne sein Wissen für ihn

in der Absicht zu schenken geleistete Zahlung,*) eine auf gleiche Weise geschehene Expromission, Ausgaben zum Vortheil eines Andern in der Absicht, sie nicht wieder zu fordern, und andere heimliche Wohlthaten können geschehen, ohne daß der Begünstigte von der Handlung oder wenigstens von der zu Grunde liegenden Absicht etwas weiß, v. Meyerfeld a. a. O. Bd. I. S. 38., v. Savigny Syst. Bd. IV. S. 146., Seuffert u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. VII. S. 329., allein in der Regel, namentlich bei der Remission, dem Schenkungsversprechen, und so auch bei der Schenkung durch Tradition ergibt sich die Acceptation als etwas Wesentliches und Nothwendiges; Walch controv. jur. civ. pag. 462. (Ed. 3.), Leyser Sp. 423. et ibi cit., Roßhirt gem. deutsch. Civilr. Th. II. §. 463., v. Meyerfeld a. a. O. S. 34., l. 55. D. 44. 7. l. 10. l. 19. §. 2. D. 39. 5. Es ist daher füglich mit Schilling Lehrb. f. Instit. Bd. II. S. 351 ꝛc. zwischen Handlungen der Liberalität im weiteren Sinn und eigentlicher donatio zu unterscheiden. Insofern nun Acceptation zur Perfection der Schenkung nöthig ist, folgt, daß diese in der Zwischenzeit von der Erklärung des Gebers bis zur Annahme des Empfängers imperfect, mithin widerruflich ist, folglich auch die Erben des Schenkers widerrufen können, wenn dieser stirbt, ehe der Beschenkte von dem Schenkungsversprechen Wissenschaft erhalten und dasselbe acceptirt hat. Zweifelhaft ist es jedoch, ob die Schenkung nach dem Tod des Schenkers nicht einmal mehr giltig vom Donatar acceptirt werden kann? Verneinend entscheidet v. Savigny a. a. O. S. 152. nach dem Vorgang mehrerer von ihm angeführter Rechtsgelehrten, Hert Vol. II. dec. 374. no. 3., Wernher sel. obs. for. T. I. P. I. obs. 157.; Voet Comm. ad Pand. Lib. XXXIX. tit. 5. no. 13., non enim voluntas donantis et donatarii unita fuit ante obitum donantis, post obitum vero donantis uniri non potuit in praejudicium heredis, cui jus quaesitum ad rem, cujus donatio perfecta non fuit. Zwar scheinen die von v. Savigny angeführten Gesetzstellen, l. 2. §. 6. D. 39. 5. — l. 8. C. 4. 10., nicht vollständig beweisend, denn da ist nur von der einem Mandatar aufgetragenen Schenkung die Rede, welche dieser gar nicht

---

*) Daß in diesem Fall das Daseyn einer Schenkung von Puchta Cursus der Institt. Bd. II. S. 351. geleugnet wird, tadelt mit Recht Schilling Lehrb. Bd. III. S. 767. Anm. kk., indem es zu verkehrten Folgen führen würde. In l. 7. §. 7. l. 50. pr. D. 24. 1. — l. 5. §. 4. eod. wird ja die Schuldabtragung wie die Expromission für den Ehegatten schlechthin dem Schenkungsverbot unterworfen, v. Savigny Syst. Bd. IV. S. 131., v. Meyerfeld a. a. O. Bd. I. S. 39., mithin als Schenkung unzweifelhaft betrachtet.

zur Acceptation bringen konnte, weil sein Mandant vorher gestorben, mithin sein Mandat erloschen war. Man kann auch dagegen sagen: die Erben des Schenkers könnten nicht mehr Recht haben, als ihr Erblasser, mithin zwar berechtigt seyn, die Schenkung zu revociren, aber nicht die vom Erblasser dem Donatar eingeräumte Acceptationsbefugniß diesem zu benehmen, so lange noch keine Revocation erfolgt ist, denn der Tod an sich involvirt nicht den Widerruf. Diese Meinung vertheidigt Schilling a. a. O. Bd. III. S. 848. Anm. 55., Hommel Rhaps. obs. 248., Huber Prael. ad Pand. Lib. 39. tit. 5. no. 2. Struben rechtl. Bed. Th. V. Bed. 126., und v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. III. S. 230. halten dafür, eine Schenkung sey auch ohne erfolgte Acceptation in dem Falle giltig, wenn der Schenker durch einen Brief oder durch einen dazu besonders Abgeordneten dem Donatar die Absicht, schenken zu wollen, bekannt gemacht hat. Dagegen scheint sich die strenge Consequenz der v. Savignyschen Ansicht durch l. 9. §. 1. D. 23. 3. zu rechtfertigen, wo blos in favorem dotis eine Ausnahme von dem Satz gemacht ist, daß eine imperfect gebliebene Schenkung den Erben des Schenkers nicht präjudicirt. Indessen wird man in folgenden besonders qualificirten Fällen der erst nach dem Tod des Schenkers erfolgten Vollziehung eines auf die Schenkung bezüglichen Auftrags rechtliche Wirksamkeit für den Donatar zugestehen müssen: 1) wenn der Schenker selbst seinen Auftrag, das Geschenk dem Donatar zu übergeben, erst nach seinem Tod ausgeführt wissen wollte; l. 18. §. 2. D. 39. 6. — 2) wenn der Donatar die Sache durch die von ihm zur Empfangnahme beauftragte Mittelsperson erst nach dem Tod des Schenkers ausgehändigt erhält; l. 11. §. 8. D. 24. 1., Schilling a. a. O., v. Savigny a. a. O. S. 153 a. E., v. Meyerfeld a. a. O. Bd. II. S. 103. Anm. 57. — 3) wenn ein Anderer beauftragt war, aus eigenen Mitteln die Schenkung zu realisiren. Hat dieser sie auch erst nach dem Tod des Schenkers realisirt, so steht ihm doch, wenn er von dem erfolgten Tod nichts wußte, die Mandatsklage gegen die Erben des Auftraggebers zu; wenn ihm aber der Tod bekannt war, so ist er diesen verantwortlich l. 19. §. 3. D. 39. 5., s. Schillings Erklärungsart dieser Stelle, a. a. O. Bd. III. S. 940. Anm. v., gegen die abweichende Ansicht v. Savigny System Bd. IV. S. 152., welcher die Schenkung diesfalls als nichtig betrachtet, was aber in der zu Grunde liegenden l. 19. cit. schwerlich zu finden seyn möchte, da das Gesetz die in demselben angeführten Fälle ganz gleich behandelt.

Eine Förmlichkeit wird zur Acceptation durchaus nicht erfordert, sie kann schon in vorausgegangener Bitte liegen, deren Gewährung darauf erfolgt, Seuffert u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. VII. S. 48.; sie kann auch von Seite des anwesenden Donatars schon durch Stillschweigen als geschehen angenommen werden, v. Meyerfeld a. a. O. Bd. I. S. 37., v. Bülow u. Hagemann a. a. O. Bd. III. S. 231., Retes de donat. cap. 6. no. 14., und darf aus Handlungen gefolgert werden, welche nur einigermaßen auf die Annahme des Geschenks zu deuten sind; v. Savigny a. a. O. S. 151., Lauterbach Coll. th. pr. Lib. 39. tit. 5. §. 8. Sogar die Empfangnahme eines die Schenkung zusichernden Briefes wird von Manchen mit Bezug auf l. 4. l. 19. D. 39. 5. — l. 6. C. 8. 54. dafür angenommen; Menoch de praesumt. Cap. VI. praes. 99. no. 13., v. Bülow u. Hagemann a. a. O. Bd. III. no. 40.

Nach der Meinung Einiger soll die von älteren Rechtsgelehrten*) überhaupt nicht für nöthig gehaltene Acceptation wenigstens bei der Schenkung von Todeswegen nicht erforderlich seyn, v. Quistorp rechtl. Bemerk. Bd. I. no. 93., v. Kreittmayr Anm. z. Bayer. Landr. Th. I. Kap. VIII. §. 1. no. 5., Püttmann Miscell. lib. sing. I. 16. pag. 78. de m. c. donatione absente licet et ignorante donatario facta jure valida., Richter D. de acceptatione in donatione mortis causa non necessaria. Lips. 1744., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VII. Med. 370., Müller üb. d. Natur d. Schenk. auf den Todesfall.**) Allein man kann, ohne die Grenze***) zwischen Schenkungen von

*) de Winkler de donatione et adversus ejus acceptationem observationes grammaticae (Opusc. minor. Vol. II. P. I. pag. 99.), Schorch an et quatenus acceptatio necessaria sit in donationibus. Erf. 1721., de Ludewig D. de differentiis jur. Rom. et Germ. in donat. et barbaro adnexa acceptatione.

**) Wenn Müller a. a. O. und ebenso Mackeldey Lehrb. §. 737. das Erforderniß der Acceptation leugnet, indem er behauptet, zur donatio m. c. gehöre kein Vertrag, sondern nur die Tradition, so muß man entgegnen, daß die Tradition doch immer eine causa zur Bewirkung des Eigenthumsübergangs erfordert, und daß ja auch beim Traditionsact die Acceptation nicht fehlt, sondern nur mit der datio in Einen Act zusammenfällt.

***) S. hierüber vorzüglich Schirach im civilist. Archiv Bd. II. no. 31. §. 4. Auch von dem Erlaß einer Schuld kann man nicht mit Kind Qu. for. T. I. c. 59. u. Andern behaupten, daß er auch ohne Acceptation als Schenkung gelte. Die l. 18. §. 2. D. 39. 6. beweist dies nicht. Hier gab eine Gläubigerin zum Zweck einer donatio m. c. Schuldscheine einem Dritten mit dem Auftrag, sie im Fall ihres Todes den Schuldnern einzuhändigen, was auch geschieht. Nun heißt es von der Erbin, welche dieses nicht gelten

Todeswegen und einseitigen letztwilligen Zuwendungen gänzlich zu verwirren, von der Schenkung nicht gerade das, was sie als eigenes Rechtsgeschäft — und dafür gilt sie doch auch noch im Justinianeischen Recht — charakterisirt, nämlich die Zweiseitigkeit hinwegdenken; v. Meyerfeld a. a. O. S. 80., Pufendorf Observ. no. 36. S. 159., v. Hartitzsch Entscheid. no. 363., Schirach infra cit. §. 6., v. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 145. Häufig stößt man zwar auf die Behauptung: nicht acceptirte Schenkungen von Todeswegen gälten wenigstens als Fideicommisse; v. Quistorp rechtl. Bemerk. Bd. I. S. 335., Thibaut System §. 567. (Ed. 8.), Hommel Rhaps. obs. 436., Leyser Sp. 438. med. 5., Mackeldey Lehrb. §. 737., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 947., v. Meyerfeld Lehre v. d. Schenk. Bd. I. S. 83., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VII. no. 370. Diese Behauptung kann sich aber nur auf das ältere Recht stützen, nach welchem Fideicommisse durch ganz formlosen Willen begründet werden konnten, l. 28. D. 39. 6. — l. 77. D. de leg. I. (30.) — l. 37. §. 3. D. de leg. III. (32.) — l. 75. l. 77. §. 26. de leg. II. (31), allein im neuesten Recht sind einseitige Zuwendungen an die Codicillarform oder an die Förmlichkeit fideicommissarischer Dispositionen gebunden; v. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 146., v. Savigny Syst. Bd. IV. S. 252. u. 265., v. Hartitzsch Entscheid. no. 363., v. Pufendorf Observ. S. 159., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. S. 208. (§. 54.), Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. III. §. 762., vgl. Bd. II. §. 200. Fr. 1. Eine Schenkung unter Lebenden, die der Vater für seine majorenne Tochter angenommen hat, gilt nur dann, wenn darzuthun ist, daß donataria ihrem Vater Vollmacht gegeben, oder bevor der Schenker anderen Sinnes geworden, die Schenkung ausdrücklich genehm gehalten hat. Secus in impubere; Carpzov Jurispr. for. P. II. c. 14. d. 6., Urtheil der Facultät Jena in Emminghaus Sächs. Pand. S. 592.

Zu 4) Das Materielle der Schenkung beruht, wie bisher bemerkt wurde, einerseits in datio oder promissio, andererseits in acceptatio. Im Fall der promissio bewirkt aber das Schenkungsversprechen noch nicht den Uebergang des Eigenthums an der geschenkten Sache, sondern sie ist blos titulus ad transferendum dominium habilis,

---

lassen will: vel pacti conventi vel doli mali exc. summoveri posse, nämlich pacti conventi, im Fall die Schuldner acceptirt hatten, außerdem doli wegen eines Fideicommisses; v. Meyerfeld a. a. O. Bd. I. S. 208., v. Savigny System Bd. IV. S. 252.

der Promissar erlangt blos ein Klagrecht gegen den Schenker auf Tradition der Eigenthums-Objecte und Cession der Forderungsrechte, Mühlenbruch im civil. Archiv Bd. XVII. S. 338 2c.; der Uebergang des Eigenthums wird nur durch Tradition bewirkt.*) Diese kann auf verschiedene Art geschehen: a) durch Mittelspersonen, l. 4. 6. 10. D. 39. 5., z. B. ich kann die Schenkung durch Auftrag an Denjenigen, welcher mir die Sache schenken, oder mir als Käufer sie tradiren sollte, vollziehen; l. 3. §. 12. 13. l. 4. l. 56. D. 24. 1.; — b) oder so, daß der Beschenkte die Sache, welche er schon inne hat, behalten soll, l. 10. D. 39. 5.; — c) indem ich dem Andern erlaube, einseitig den Besitz zu ergreifen, der nun so gelten soll, als hätte ich ihm persönlich eingehändigt, l. 6. D. 39. 5. — l. 6. C. 8. 54.; — d) durch Dereliction, jedoch nur, wenn sie in der bestimmten Absicht geschieht, daß ein Anderer das Eigenthum erhalte, l. 5. D. 42. 8. — l. 9. §. 7. D. 41. 1. — §. 46. J. 2. 1., v. Savigny a. a. O. §. 155. S. 106.; — e) durch das s. g. constitutum possessorium, z. B. ich schenke Jemandem ein Capital mit Vorbehalt des Nießbrauchs. Da der ususfructus stets eine fremde Sache voraussetzt, so ist in substrato das Capital Eigenthum des Beschenkten geworden, indem die Gesetze die Constituirung des Nießbrauchs an der vorher eigenthümlichen Sache der Tradition gleich achten; idem est retinere usumfructum quod tradere, ususfructus retentione donatio perficitur, l. 28. l. 35. §. 5. pr. C. 8. 54., Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 22., v. Savigny a. a. O. S. 107.; vergl. Haushalter Civil- u. Criminalrechtl. Abhandl. (Quedlinburg 1841.) no. 10., „ob die Vollziehung der Schenkung einer unbeweglichen Sache durch ein constitutum possessorium stattfinde?“ welcher auch diese Frage bejaht.

Zu 5) In früherer Zeit sollte zwar die Insinuation nur bei dem competenten Richter geschehen können, l. 3. C. Th. de donat. (8. 12.), allein im neuesten Recht ist jeder Richter dazu fähig erklärt worden, l. 27. l. 30. C. 8. 54. Diesem steht auch nicht, wie Mehrere glauben,**) l. 32. C. 8. 54. entgegen, denn diese besagt nur,

*) Ueber die scheinbar entgegenstehende l. 1. §. 2. l. 2. D. 6. 2., s. v. Savigny a. a. O. §. 170. S. 245. Freilich bei der Schenkung von Todeswegen ist dieser Eigenthumsübergang immer precär, denn stirbt der Donatar vor dem Schenker, oder widerruft dieser die Schenkung, oder übersteht er die Gefahr, hinsichtlich deren er geschenkt hat, so steht ihm die Eigenthumsklage zu; l. 29. l. 30. D. 39. 6.

**) Hellfeld Jurispr. for. §. 1702. u. die in Kind Qu. for. T. IV. pag. 227 etc. angeführte Literatur über diese Streitfrage. Schmid D. de

daß die in Constantinopel geschehenden Schenkungen bei dem dortigen magister census insinuirt werden mußten. Ueberdem bestehen, ja bei uns solche Aemter, wie jener magister census, nicht, und kein Gesetz nimmt bei der Insinuation auf ein forum reale oder personale specielle Rücksicht; s. vorzüglich Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 6., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 39. tit. 5. §. 11., Walch controv. j. c. pag. 466. §. 10., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VI. no. 313., Thibaut Syst. §. 562., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 265. (§. 209.), Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 500. Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 442., Müller ad Leyser Obs. 691., Pufendorf Obs. T. IV. obs. 121., v. Savigny Syst. S. 217. §. 166., Cocceji Jus controv. Lib. 39. tit. 5. qu. 2. Ob nun gleich die gemeine Meinung entschieden für die Verneinung unserer Frage sich ausgesprochen hat, so können doch wohl besondere Landesgesetze ein Anderes mit sich bringen. In Sachsen z. B. wird der competente Richter ausdrücklich erfordert, Sachsensp. Buch I. Art. 52. In Proceßordnungen anderer Länder, z. B. im Cod. Judic. Bavaricus Cap. I. §. 17. sind alle actus voluntariae jurisdictionis, mit alleiniger Ausnahme der Testamentserrichtung, an das forum competens gebunden.

[Ausführlich spricht sich über die gerichtliche Form (causae cognitio, gerichtliche Vernehmung des Schenkers, Competenz des Richters) ein neueres Erkenntniß des O.-A.-G. zu Rostock aus, welches in Buchka und Budde Entscheid. IV. S. 74 ff. mitgetheilt wird. Es lautet dort: „Die Bedeutung der Vorschrift in l. 25. C. de donat. 8. 54. besteht darin, daß über das Geschäft ein gerichtliches Protokoll mit beweisender Kraft aufzunehmen ist. Selbstverständlich müssen mithin die Contrahenten ihre Willensmeinung vor Gericht erklären, also dort sich, wenn Alles bereits aufgesetzt ist, wenigstens zu dem Inhalt der Schrift bekennen. Mochte auch die Abwesenheit des Beschenkten übersehen werden können, die Gegenwart des Schenkers oder doch eine solche vom Gerichte ausgehende Befragung desselben über seine Willensmeinung, daß dadurch ein selbständiger Beweis der Zustimmung geliefert werden konnte, war unerläßlich.... Ohne diese äußere Form blieb das Geschäft imperfect, und wenn der Richter

---

insinuatione donat. 500 solidos excedentis coram incompetente judice haud suscipienda. Jen. 1761., Einert D. de donat. immodica coram incompetente judice insinuanda. Lips. 1805., vgl. Hesse D. de insinuatione donationum rite conficienda. Lips. 1844., Lochner Otia no. II. pag. 40—51.

auch die schriftliche Ueberreichung des Instruments und die darin bezeugte Verhandlung bestätigt, so thut er nicht das, was das Gesetz will, sondern setzt die Wahrheit voraus, und für diese liegen blos Urkunden vor, denen das Gesetz die Wirksamkeit abgesprochen hat. In der That wird seine Mitwirkung nun ganz bedeutungslos, denn sie beschränkt sich auf gerichtliche Aufbewahrung des schriftlichen Gesuches und einer beglaubigten Abschrift der Schenkungsurkunde. — Aus denselben Gründen kann es auch nicht für genügend erachtet werden, wenn der Schenker, statt selbst vor Gericht zu erscheinen, einen Procurator zum Zweck der Instruction der Schenkung bevollmächtigt; denn in einem solchen Falle würde für den Richter der Schenkungswille nur aus den vom Procurator beigebrachten Documenten erkennbar werden; der Schenkungswille soll aber, insoweit eine Insinuation nothwendig ist, nicht anders beachtet werden, als wenn derselbe durch ein gerichtliches Protocoll constatirt wird, wie insbesondere die l. 27. C. 8. 54. zeigt, welche als specielles Motiv für die Forderung der Insinuation die Abschneidung heimlicher Betrügereien geltend macht. Zur Unterstützung des vorstehenden Resultates dient auch die Erwähnung, daß, wenngleich der Zweck der Insinuation zunächst und unmittelbar nur die Sicherung eines Beweises durch die Gerichtsacten ist, doch durch die Form der gerichtlichen Erklärung zugleich mit eine Garantie für die Ernstlichkeit des Schenkungswillens gegeben wird, eben diese aber wegfallen würde, wenn die Bevollmächtigung eines Dritten zur Vornahme der Insinuation oder die Einreichung eines schriftlichen Insinuationsgesuchs für ausreichend erklärt würde. — Aus dem dargelegten Zwecke der Insinuation folgt, daß er für dieselbe keiner causae cognitio bedarf, indem eine solche zu der bloßen Beglaubigung einer Handlung nicht gehört, und die Mitwirkung des Richters bei der Insinuation der Schenkungen nur zur Constatirung anderer Verhältnisse verlangt wird. Auch wird in keinem der einschlagenden Gesetze auf eine causae cognitio oder die Nothwendigkeit richterlicher Bestätigung hingewiesen. Die Confirmation ist etwas ganz Außerwesentliches und gibt dem Acte keine größere Kraft, als er ohnehin hat, sowie ihr Mangel dem richtigen Vorgange nichts von seiner Wirksamkeit entzieht. Immerhin mag es unter Umständen angemessen erscheinen, nach den Verhältnissen zu fragen, auf die Folgen aufmerksam zu machen, zu warnen, — die protocollarische Aufnahme des Entschlusses des Schenkers darf der Richter nie verweigern. Was sodann den Competenzpunkt betrifft, so hat Leo in l. 30. C. 8. 54. — abgesehen von der Ausnahme

für Constantinopel — der freien Wahl des Schenkers überlassen, in welcher Provinz und welcher für solche Geschäfte zuständigen Behörde er insinuiren will, und die Nov. 127. c. 2. zeigt, daß dies bestehendes Recht geblieben ist. — Es ist als Resultat festzuhalten, daß gemeinrechtlich durch kein neueres Gewohnheitsrecht die Bestimmungen des Justin. Codex aufgehoben sind... Auch ist die röm. Insinuationsform durch kein geschriebenes Gesetz umgewandelt worden." Seuffert's Archiv. XVI. S. 194—196.]

Zu 6) Mehrere Rechtsgelehrte verneinen diese Frage; s. Gaill P. II. obs. 39. def. 28., Struben rechtl. Bed. Th. III. Bed. 91., Leyser Sp. 433. med. 7. Man müßte dieser Meinung ohne Weiteres beistimmen, wenn der Zweck der Insinuation auf eine cognitio causae gerichtet wäre, was aber ziemlich allgemein aus guten Gründen verneint wird; s. die Lehrbücher v. Wening-Ingenheim Bd. II. S. 265. (§. 209.), Thibaut §. 562., Seuffert §. 363., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 500., Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 26. [und das O.-A.-G. zu Rostock, s. die Einschaltung zur vorhergeh. Frage], indem die richterliche Ueberzeugung davon, daß die Schenkung aus freiem und ernstlichem Willen hervorgehe, der einzige Zweck der Insinuationsvorschrift ist, Höpfner Comm. §. 413. Manche unterlegen zwar dem Gesetz auch die Absicht, Betrügereien von Dritten abzuwenden, was umsomehr die offene Darlegung des Geschäfts erheischen würde, Thibaut System §. 562., Struben a. a. O., Glück Thl. XIII. S. 256., Schweppe a. a. O. Bd. III. §. 500.; allein die Worte des Gesetzes: si quidem clandestinis ac domesticis fraudibus facile quidvis pro opportunitate negotii confingi potest, vel id, quod vere gestum est, aboleri können wohl nicht auf Interesse Dritter bezogen werden, welche das Gericht oft gar nicht kennen kann, und welchen gewöhnlich selbständige Impugnationsmittel zu Gebote stehen, sondern können nur auf Sicherung des Schenkers und des angeblich Beschenkten abzwecken; Marezoll a. a. O. S. 14. Aus diesen Gründen hat die Justizkanzlei in Hannover keinen Anstand genommen, die Insinuation einer großen Schenkung in verschlossener Form anzunehmen; Pufendorf Obs. jur. univ. T. IV. obs. 121., v. Berg jurist. Beobacht. u. Rechtsfälle Th. II. S. 150., welcher sich vorzüglich mit Widerlegung der Leyser'schen Meinung beschäftigt. Dagegen kommt jedoch die allgemeine und auch in Betreff der Schenkungen in l. 25. C. 8. 54. verb. neque id occulte aut privatim — perscribatur bestätigte Regel in Betracht, daß der Richter jede Handlung, zu welcher seine Mitwirkung in Anspruch

genommen wird, vollständig zu kennen, und diese, wenn in dem Geschäft eine rechtswidrige Absicht wahrzunehmen ist, zu versagen berechtigt ist, v. Savigny a. a. O. S. 217., indem die einzige Ausnahme, welche hinsichtlich der verschlossenen Hinterlegung letztwilliger Verordnungen gilt, höchstens auf eine donatio mortis causa anwendbar wäre.

Zu 6a) In Beziehung auf Bayern wird diese Frage aus unverwerflichen Gründen verneinend beantwortet von Lauk in Seuffert und Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. II. S. 195., denn das Landrecht erfordert — abweichend von der gemeinrechtlichen Ansicht — cognitionem causae vor der obrigkeitlichen Bestätigung, und stellt bestimmte specielle Ausnahmen von dem Insinuations-Erforderniß auf, unter welchen nur fürstliche Personen aufgeführt sind.

Zu 7) Wenn man von der Ansicht Einiger ausgehen dürfte, daß die Insinuationsvorschrift das Interesse Dritter zu sichern bezwecke, so würde die Verneinung dieser Frage gar keinem Zweifel unterworfen seyn. Wenn wir aber nach Marezoll's überzeugenden Bemerkungen (s. Fr. 6.) damit ebensowenig übereinstimmen können, als mit der von Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 500. unterstellten Voraussetzung, daß die gerichtliche Insinuation zur Benachrichtigung dritter Personen dienen soll, welche dann freilich durch eidliche Bekräftigung der Schenkung unmöglich ersetzt werden könnte, so müssen wir auf die schon mehrmals in Betrachtung gezogenen allgemeinen Grundsätze über die rechtlichen Wirkungen promissorischer Eide zurückgehen. Diesen zufolge schiene zwar, wie auch v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 266. (§. 209.) Anm. h. argumentirt, die Entscheidung dahin gehen zu müssen, daß ein eidliches Schenkungsversprechen unabhängig von der Insinuationsvorschrift erfüllt werden müsse,*) weil diese blos dem eigenen Wohl der Handelnden fürsorgt, auch nicht eigentlich eine verbotene Handlung betrifft, c. 2. de pactis in VIto — c. 26. u. 28. X. de jurej. (2. 24.), in solchen Fällen aber die gemeine Meinung für die Wirksamkeit des Eides spricht; Glück Thl. IV. §. 341. und die in Anm. 41. u. 43. cit. Aut., Thl. XXVI. S. 203. Daraus folgt aber nur, daß eine Verbindlichkeit, und zwar nicht nur eine moralische, sondern gewiß auch eine natürliche Verbindlichkeit des Schwörenden im römischen Sinn angenommen werden müsse, welche die Zurückforderung des bereits Gegebenen ausschließen würde, nicht aber daß diese Verbindlichkeit

*) Für Sachsen ist die Frage entschieden durch die Chursächs. Decis. XXVI.

klagbar werde, denn an der gesetzlichen Bestimmung, welche der s. g. donatio immodica in Ermangelung gerichtlicher Insinuation die Klagbarkeit entzieht, kann es ja nichts ändern, daß der Schenker eidlich versprochen hat. Der Eid, welcher den Schenkenden bindet, kann den Richter nicht verbinden, eine Klage da anzunehmen, wo ihm die Gesetze deren Zulassung verbieten. Aus diesen Gründen dürfte die von uns im Bd. II. §. 126. Fr. 1. aufgestellte Meinung gegen die dort angeführten Dissentienten, welchen auch Cocceji jus controv. Lib. 39. tit. 5. de donation. qu. III., Boehmer Doctr. de action. Sect. II. cap. V. §. 42. beizuzählen ist, sich rechtfertigen.*)

Zu 8) Man findet nicht selten von den Rechtsgelehrten eine Ausnahme zu ihren Gunsten gemacht, Quistorp Beitr. S. 859., für welche l. 34. pr. C. 8. 54. zu sprechen scheint, sie ist aber von den Meisten verworfen, weil ihr sehr bestimmte Gesetzstellen entgegen stehen; l. 19. C. 1. 2. — l. 34. §. 1. C. 8. 54., s. vorzüglich Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 40., v. Savigny System Bd. IV. S. 223. Es ist nämlich nur so viel richtig, daß die Schenkungen ad pias causas früher privilegirt waren, so lange das gesetzliche Maximum, über welches hinaus die Insinuation nicht unterlassen werden durfte, auf 300 Goldgulden festgesetzt war, denn sie waren bis zum Betrag von 500 Goldgulden von der Insinuation befreit; da aber später Justinian das Maximum allgemein auf diese Summe festsetzte, so verschwand für die piae causae eine Begünstigung. Damit stimmen daher die meisten Lehrbücher überein, insbesondere Arndts innere Geschichte des R. R. §. 268., Burchardi System d. P.-R. §. 492., v. Buchholtz in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. XI. S. 138., v. Savigny System Bd. IV. S. 221.

Zu 9) Wenn Mehreren zu gleicher Zeit geschenkt wird, so sind dies offenbar mehrere verschiedene Schenkungen, deren jede einzeln in Beziehung auf die gesetzliche Summe berechnet werden muß; s. Erk. d. O.-A.-G. zu Dresden in Seuffert's Archiv Bd. I. S. 308. Es ist daher gewiß irrig, wenn Manche, von der ungegründeten Ansicht

---

*) Aus dem Canon. Recht ist bemerkenswerth cap. 33. X. de jurej. 2. 24. Hungariae rex — so schrieb diesem Pabst Honorius III. — alienationes quas fecit in praejudicium regni sui et contra regis honorem, non obstante juramento, si quod fecit de non revocandis eisdem, studeat revocare; quia, *cum teneatur et in sua coronatione juraverit jura regni sui et honorem coronae illibata servare*, illicitum fuit, si praestitit de non revocandis alienationibus hujusmodi juramentum et propterea penitus non servandum.

verleitet, als bezwecke die Insinuationsvorschrift einen Damm gegen Verschwendung, schon dann, wenn die mehreren Schenkungen zusammen mehr als 500 solidos betragen, die Insinuation für nothwendig erklären, wie Leyser Sp. 433. med. 6., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 39. tit. 5. §. 15., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 500. Nur wenn ich Einem mehrere Schenkungen zugleich conferire, kann man mit Schweppe ein Zusammenrechnen statuiren. Sind sie indessen dem Einen zu verschiedenen Zeiten conferirt, so kommt wieder nur jede einzelne für sich in Betracht. Justinian entscheidet dafür unbedingt in l. 34. §. 3. C. 8. 54.; man kann daher kaum der von Mehreren, z. B. Thibaut System §. 562., Stryck Us. mod. Lib. 39. tit. 5. §. 5., Voet Comment. eod. tit. §. 16., Seuffert Lehrb. des prakt. Pand.=R. Bd. II. §. 363. gemachten und auch im Sächsischen Recht angenommenen Ausnahme,*) „wofern nicht die Trennung der Schenkungen in der Zeit in fraudem legis geschähe," praktischen Werth beilegen; denn daran ist hier gewiß so wenig zu denken, daß Justinian mit Recht es vielmehr als inhuman haßt, in der Zusammenrechnung (dem in unum coadunare) ein Mittel zu suchen, um die Schenkungen anfechten zu können, introducere modos, per quos non valeant et in irritum revocentur, l. 34. §. 3. C. 8. 54., weshalb angesehene Rechtsgelehrte diese Ausnahme als gesetzlich verworfen betrachten; siehe Marezoll a. a. O. S. 18., v. Savigny a. a. O. S. 216.

Zu 10) Es müßte dann durch Schätzung ermittelt werden, um welchen Preis die Sache gegenwärtig mit Rücksicht auf die vorhandene Unsicherheit des Besitzes verkauft werden könnte, wenn der Käufer auf einen Regreß wegen Eviction verzichten müßte. Führt aber dieses Verfahren zu keinem sicheren Ziel, so kann der Ablauf der Usucapionszeit abgewartet werden, welcher sofort über den wirklichen Werth entscheidet; v. Savigny a. a. O. S. 211.

Zu 11) Man kann wohl nicht, wie v. Meyerfeld Lehre v. d. Schenk. Bd. I. S. 136. aus l. 6. §. 1. D. 7. 1. — l. 6. §. 10. D. 10. 3. — l. 16. §. 1. D. 10. 2. folgert, im Allgemeinen annehmen, daß der Werth des Nießbrauchs in der Regel so viel als das halbe Eigenthum betrage. Der Werth des geschenkten Nießbrauchs hängt von der kürzeren oder längeren Lebensdauer des Beschenkten ab, diese müßte also nach den Regeln der l. 68. pr. D. ad

---

*) v. Hartitzsch Entscheid. no. 358., Curtius Handb. d. Sächsischen Civilrechts Th. III. §. 1339.

leg. Falcid. (35. 2.) calculirt, oder der wirkliche Tod des Beschenkten abgewartet, und bis dahin im Fall eines Rechtsstreites Caution gestellt werden, v. Savigny Syst. Bd. IV. S. 212., wenn nicht das, was über die Schenkung lebenslänglicher Renten (s. folgende Fr. 12.) in den Gesetzen bestimmt ist, analog in Anwendung gebracht werden dürfte.

Zu 12) Wenn die Rente auf eine bestimmte Zahl von Jahren versprochen ist, so hat es keine Schwierigkeit, den Werth der Schenkung zu bestimmen, welcher sich dann aus der Totalsumme der jährlichen Leistungen ergibt. Ist die Rente auf Lebenszeit des Schenkers oder des Beschenkten versprochen, so ist die Schenkung, insofern nicht schon die Rente eines Jahrs die 500 solidos überstiege, nicht zu berechnen möglich, weil kein Theil wissen kann, ob ihr nicht der Tod schon im ersten oder zweiten Jahr ein Ende machen wird. Wegen dieser Ungewißheit hat sie Justinian an die Vorschrift der Insinuation gar nicht gebunden. Soll aber die Rente auf die Erben des Gebers und des Empfängers übergehen, so ist stets Insinuation nöthig; l. 34. §. 4. C. 8. 54. Die Conjecturalkritik hat sich zwar mehrfach über den Sinn dieses Gesetzes verbreitet, Schilling Lehrb. für Institutionen Bd. III. S. 926. §. 360. Anm. p., derselbe scheint aber nach der Erklärung von Briegleb im civil. Archiv Bd. XXXVIII. S. 142. sehr einfach dahin zu gehen: ist die Schenkung auf die Lebenszeit der Personen, entweder des Gebers oder Empfängers, gemacht, so bedarf es keiner Insinuation, wohl aber, wenn auch von beiden Seiten der Erben Erwähnung gethan ist, oder wenn der Lebenszeit entweder des Schenkers oder des Beschenkten noch eine Zeit zugelegt oder beigefügt wird.

Zu 13) Es ist eine sehr gewöhnliche Lehre, daß die actio revocatoria nicht gegen Dritte stattfinde, v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 266. (§. 209.), Thibaut in den älteren Ausgaben seines Systems §. 903, welcher aber in der 8. Ausg. §. 562. (s. auch Braun Dictaten §. 903.) seine Meinung dahin berichtigt, daß allerdings auch gegen einen Dritten vindicirt werden könne, wenn das Geschenk nicht in Geld, sondern in einer beweglichen oder unbeweglichen Sache bestand; s. l. 5. §. 18. l. 6. D. 24. 1. — l. 34. §. 1. u. 2. C. 8. 54. Mit letzterer Ansicht stimmt überein Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 44., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 443. not. 11., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 500. S. 309. Da nämlich aus einem nichtigen Rechtsgeschäft das Eigenthum nicht auf den Beschenkten übergehen konnte, so ist es,

soweit als die gesetzlich erlaubte Summe überstiegen ist, bei dem Schenker verblieben, und kann von ihm in tantum vindicirt werden. Die Sache ist dann zwischen beiden Eigenthümern entweder reell, oder so, daß der Eigenthümer des größeren Theils den kleineren Theil an sich löst, abzutheilen; s. v. Savigny a. a. O. S. 219. Ueber den Einfluß der Schenkung auf dritte Personen, wenn nämlich die Schenkung mittelst eines wirklichen mit einem Dritten abgeschlossenen Geschäfts bewirkt werden soll, s. das. S. 587.

---

§. 260.

b) In sub- und objectiver Beziehung.*)

1) Welchen Einfluß hat das Verhältniß Derjenigen, welche alieni juris sind, auf die Zulässigkeit einer Schenkung?**) desgleichen
2) Unmündigkeit und Minderjährigkeit? Ist insbesondere auch die beschworene Schenkung eines Minderjährigen nichtig?
3) Welcher Zeitpunkt ist entscheidend über die Capacität zur mortis causa donatio?
4) Gelten Schenkungen unter Verlobten ohne Unterschied?
5) Welchen Einfluß hat der Irrthum auf die Giltigkeit einer Schenkung?
6) Inwiefern hat die Schenkung einer fremden Sache rechtliche Wirksamkeit?

---

*) Inwieweit der Regent zu Schenkungen aus dem Staatsvermögen berechtigt sey, bestimmen die Verfassungsurkunden und besonderen Landesgesetze; s. v. Meyerfeld Lehre v. d. Schenk. Bd. II. S. 127. — Schenkungen an pia corpora und dergleichen Institute hängen in Ansehung ihrer Giltigkeit davon ab, ob sie als juristische Personen vom Staat anerkannt sind (s. hierüber v. Savigny Syst. Bd. II. §. 89. S. 276.), oder eine besondere Genehmigung von der Staatsbehörde erlangt haben; Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 239., vergl. Bd. I. §. 32. Fr. 2. dieses Werkes.

**) Eine besondere Abhandlung über die Frage: ob ein vom Vater seinem bei sich habenden und noch in der väterlichen Gewalt befindlichen Sohn gemachtes und von diesem acceptirtes Geschenk besonders auch nach der im römischen Recht statthabenden unitas personae h. z. T. giltig sey? Duysing neue Annalen der Gesetzgebung und Rechtspflege in den Kurfürstl. Hess. Ländern S. 66.

Zu 1) Der Vater kann seinem in potestate patria befindlichen Sohne schenken (oder eigentlich in peculium concediren) in der Art, daß die Schenkung erst durch den Tod bestätigt wird, oder durch eine ohne Widerruf der Schenkung erfolgte Emancipation convalesciren kann, l. 31. §. 2. D. 39. 5. — l. 17. C. 8. 54.*); er kann aber auch aus dem peculio profectitio seines Haussohnes eben wie aus seinem eigenen Vermögen nach Belieben verschenken, und auch dem Sohne die Erlaubniß zu einer Schenkung aus dem peculio profectitio ertheilen; v. Meyerfeld Lehre v. d. Schenk. Bd. II. §. 24. S. 113 ff.

Ueber die Schenkungsbefugniß der in väterlicher Gewalt befindlichen Kinder ist bereits im Bd. I. §. 67. Fr. 14., Bd. II. §. 143. Fr. 11. u. §. 200. Fr. 5. gesprochen worden. Als unbestritten geht daraus hervor, daß sie Schenkungen aus ihrem peculio castrensi und quasi castrensi ohne einige Beschränkung, l. 3. §. 4. D. 24. 1. — l. 7. §. 6. D. 39. 5., aus dem profectitio aber — gewisse Ausnahmen abgerechnet — nur mit väterlicher Einwilligung inter vivos vel mortis causa machen können, in Ansehung des peculii adventitii aber wird ihre Befugniß zum Theil bezweifelt, nicht zwar in Ansehung der Schenkung unter Lebenden, wofern nur der Vater seine Zustimmung gibt, wohl aber in Ansehung der donatio m. c. Denn da widersprechen sich die Meinungen der Rechtsgelehrten insofern, daß Einige die Testirunfähigkeit der Hauskinder über irgend ein nicht castrensisches Vermögen auch auf Schenkungen, welche Todeshalber geschehen, erstrecken wollen, Fritz im civilist. Archiv Bd. VI. S. 203 ꝛc., Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. VIII. S. 408.; die herrschende Meinung aber geht dahin, daß die Fähigkeit zu irgend einer Art von Schenkung nicht mit dem Recht der testamentifactio zu verwechseln, vielmehr von diesem unabhängig sey, woraus dann folgt, daß das Hauskind sein peculium adventitium regulare mit Einwilligung des

*) Durch l. 25. C. 5. 16. ist jedoch diese Convalescenz auf solche Schenkungen beschränkt, welche entweder gerichtlich insinuirt sind, oder das die gerichtliche Insinuation bedingende Maaß nicht erreichen, außerdem kann die Schenkung nur durch ausdrückliche Bestätigung in einem letzten Willen giltig werden; diese gibt dann aber auch nicht nur der wirklichen Schenkung, sondern auch dem bloßen Schenkungsversprechen Kraft. Ob im Fall der Ungiltigkeit die ganze Schenkung dieser unterliege, oder nur die excedirende Summe? ist nicht außer allem Zweifel, da die l. 25. cit. sagt: amplioris quantitatis donationes nec per silentium ejus, qui donavit, confirmari concedimus; allein die Insinuationsvorschrift kann doch überall nur nach ihrer eigenthümlichen Fassung angewendet werden, mithin die Nichtigkeit nur in tantum, nicht in totum eintreten, v. d. Pfordten Abhandl. aus dem Pand. R. S. 201.

Vaters, das irregulare oder extraordinarium aber ohne diese, auch mortis causa, wie inter vivos verschenken könne; Nov. 117. c. 1., Schilling Lehrb. Bd. III. §. 355. S. 837., v. Meyerfeld a. a. O. Bd. II. S. 113. §. 24.

Zu 2) Die Schenkung ist als eine species alienationis den gesetzlichen Bestimmungen über Unveräußerlichkeit der Güter der Minderjährigen eo ipso unterworfen, sie unterliegt aber auch noch größeren Beschränkungen; denn selbst der Curatorische oder Obercuratorische Consens kann — da es ihm an einer gerechten Ursache nothwendig mangeln würde, Walch controv. j. c. pag. 460. — der Schenkung keine Giltigkeit verleihen, und selbst wenn der Minderjährige bereits veniam aetatis erlangt hätte, würde seine Schenkung unkräftig seyn; l. 3. C. 5. 74. Der minderjährige Schenker kann, von Erfüllung des 25jährigen Alters an gerechnet, noch 10 Jahre lang inter praesentes und 20 Jahre lang inter absentes die Schenkung unbeweglicher Güter anfechten; l. cit. Ob eben dasselbe auch von der Schenkung beweglicher Sachen gelte, ist nicht außer Meinungsstreit, doch beruht folgende Ansicht auf überwiegenden Gründen. Da, wo eine Veräußerung des Mündelguts nicht einmal durch obrigkeitliches Alienationsdecret Kraft gewinnen könnte, wie bei einer Verschenkung unbeweglicher Güter, kann diese erst durch 10—20jährige Acquiescenz des majorenn Gewordenen Kraft gewinnen; wo aber, wie bei irgend einer Veräußerung beweglicher Sachen, diese nur des Alienationsdecrets bedurft hätte, und nur dessen Mangel eine Anfechtung begründet, reicht 5jähriges Stillschweigen des volljährig Gewordenen hin; l. 3. cit., Schilling Lehrb. Bd. III. S. 842. Anm. k., Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. §. 163., v. Meyerfeld a. a. O. Bd. II. S. 116., vergl. v. Buchholtz jurist. Abhandl. S. 249., v. Bülow Abhandl. Th. I. no. X. S. 262., Marezoll im civilist. Archiv Bd. VIII. S. 279. Hat indessen der Minderjährige seine Schenkung eidlich bestärkt, so kann er sie nach canonischem Recht nicht anfechten; c. 8. X. de probat. (2. 19.), vergl. Bd. II. §. 126. lit. b.

Zu 3) Die l. 22. D. 39. 6. entscheidet hierüber: in mortis causa donationibus non tempus donationis sed mortis intuendum est, an quis capere possit. Ueber diese und andere Abweichungen von der Regel der Legate s. Bd. II. §. 188. Fr. 2., v. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 120.

Zu 4) Daß die vor Vollziehung der Ehe unter Verlobten gepflogenen Schenkungen giltig seyen, ist deutlich entschieden in l. 1. §. 1. D. 39. 5. — l. 5. pr. l. 27. l. 66. D. 24. 1. — l. 13. C. 5.

16., vgl. Bd. I. §. 57. Fr. 5. Sogar noch am Tage der Hochzeit finden sie statt, l. 27. D. 24. 1., doch soll nach l. 66. D. 24. 1. — l. 6. C. 5. 3. darauf Rücksicht genommen werden, ob im Moment der Schenkung schon deductio in domum, oder Unterzeichnung der Ehepacten geschehen sey. Ist nun h. z. T. der Act der kirchlichen Trauung als der entscheidende Zeitpunkt anzusehen? Das O.=A.=G. zu Dresden verneinte; denn nach deutscher Sitte vertauscht die Verlobte erst am folgenden Tage die Benennung als Braut mit der der Ehefrau, und der Moment der Trauung bewirkt noch nicht den Vollzug der Ehe; s. Sachsenspiegel B. I. Art. 45. Dem steht l. 97. §. 2. D. 45. 1. nicht entgegen in Fällen, wo, wie z. B. wenn die Verlobte schenkt, damit der Bräutigam Brautschuld bezahle, keine causa reprobata vorliegt; s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1848. S. 361.

Daß Schenkungen unter Verlobten stets als mit der Bedingung, daß die Ehe zu Stande komme, gemacht anzusehen seyen, läßt sich nicht behaupten, obwohl l. 1. §. 1. D. 39. 5. dafür angeführt wird; das Gegentheil erhellt aus l. 27. D. 24. 1. — l. 6. 10. 11. C. 5. 3. — Indeß ergibt sich aus l. 5. l. 15. C. 5. 3., daß aus den Nebenumständen erwogen werden soll, ob jene Voraussetzung vorhanden sey; s. Emminghaus Sächs. Pand. S. 324. no. 18. Nach canonischem Recht ist zwar hie und da vermöge der Unterscheidung zwischen sponsalia de praesenti und de futuro die Sache zweifelhaft gemacht worden, s. Struv. Synt. jur. civ. Ex. 30. th. 24.; allein da h. z. T. dieser Unterschied wenig praktische Bedeutung hat, s. Bd. I. §. 52. Fr. 2., so sind Schenkungen unter Brautleuten unbedenklich; Leyser Sp. 312. med. 1., Pufendorf Obs. jur. univ. T. I. obs. 77., Glück Thl. XXIII. §. 1206. S. 140.

Zu 5) Was den Irrthum in der Person betrifft, so irrt entweder der Geber in der Person des Empfängers, und dann entsteht keine Schenkung, oder es irrt der Empfänger, z. B. A. will dem B. schenken und gebraucht dazu den C. als Ueberbringer, dieser aber übergibt das Geschenk unredlicher Weise in eigenem Namen, da möchte man wohl der Strenge nach auch keine wirkliche Schenkung annehmen; allein wenn der Geschenkgeber nach Berichtigung des Mißverständnisses seine wirklich gewollte Schenkung revociren wollte, so soll seine Klage durch die exc. doli entkräftet werden; l. 25. D. 39. 5., v. Savigny Syst. Bd. IV. §. 161.

Betrifft der Irrthum die causa dandi, z. B. der Geber beabsichtigt ein Darlehn, der Empfänger eine Schenkung, so ist keine Schenkung zu Stande gekommen. Umgekehrt, wenn der Geber den

Willen zu schenken hat, der Empfänger aber nur ex mutuo zu bekommen glaubt, so ist auch weder dieses noch jenes Geschäft zu Stande gekommen. Zwar wird das Eigenthum der Sache auf den Empfänger übertragen, denn der durch die Tradition bewirkte Eigenthumsübergang wird dadurch nicht alterirt, daß über die causa dandi und accipiendi keine Willensübereinstimmung besteht, da beide causae zur Uebertragung des Eigenthums geschickt sind, und beide Theile doch in dem Punkte übereinstimmen, daß Eigenthum übergehen solle, l. 36. D. 41. 1., cf. §. 40. J. 2. 1.; aber es fehlt doch an der Willensübereinstimmung in das Rechtsgeschäft, welches der Eigenthumsübertragung zum Grund liegen sollte, und von welchem die Wirksamkeit der Tradition abhängig ist; l. 55. D. 44. 7. Was ist nun die Folge, wenn der Geber, nachdem ihm das Mißverständniß kund geworden, bevor noch der Empfänger seinen Irrthum berichtigt und in vim donationis acceptirt hat, das Gegebene zurückfordert? Es kommt nun zunächst darauf an, ob das gegebene Geld bei dem Empfänger noch entweder in natura oder ob es in einer anderen Gestalt durch irgend eine Verwerthung noch vorhanden oder dergestalt consumirt ist, daß kein Vortheil im Vermögen zurückblieb. Im ersten Fall wird es der Geber vindiciren, l. 18. pr. D. 12. 1., oder nach l. 36. D. 41. 1. condiciren können; im zweiten Fall wird die Condiction gleichfalls eintreten, denn daß das Gegebene in etwas Anderes verwandelt ist, hindert die Condiction nicht, nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes, l. 65. §. 6. 8. D. 12. 6. — l. 26. §. 12. eod.; im dritten Fall aber stünde der condictio nummorum datorum die exc. doli entgegen, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumti, l. 18. pr. D. 12. 1., denn die Condiction findet zwar alsdann statt, wenn das Gegebene durch dolus des Empfängers verschwunden ist, allein hier ist ja kein dolus desselben denkbar, da er selbst von seinem Standpunkt aus (als Darlehnsempfänger) das Geld consumiren konnte; vergl. v. Savigny's Erklärung der vorangeführten Gesetzstellen im IV. Bd. §. 161. seines Systems, Cocceji jus controv. Lib. XII. tit. 1. qu. 6., Voet Comm. ad Pand. Lib. XLI. tit. 1. §. 36. gegen Glück's und anderer von ihm angeführter Schriftsteller abweichende Meinung, welche dafür halten, die exc. doli stände auch dann dem Geber entgegen, wenn das Gegebene beim Empfänger noch vollständig vorhanden wäre; Glück Thl. IV. S. 154. Anm. 1. Einen ganz eigenen Fall, worin der Irrthum des Gebers dem Empfänger unnachtheilig war, enthält l. 15. §. 2. D. 18. 1. A. kauft eine ihm schon eigenthümliche Sache, ohne zu wissen, daß sie schon sein sey, und gibt

seinem Verkäufer auf, sie einem Dritten zu tradiren. Nun heißt es zwar: suae rei emtio non valet, l. 16. pr. D. 18. 1., aber demungeachtet wird der Donatar Eigenthümer durch die erfolgte Tradition, weil diese doch auf des Eigenthümers Geheiß geschah; Glück a. a. O. S. 149. Anm. 95.

Zu 6) Insofern sie zum Usucapionstitel pro donato dient; l. 2. l. 3. D. 41. 6. — l. 13. pr. D. 39. 6. — l. 1. C. 7. 27. Selbst die an sich ungiltige Schenkung unter Ehegatten, welche, weil ihr der rechtliche Titel fehlt, nicht zur Erlangung eines Civilbesitzes und folglich auch nicht zur Usucapion tauglich ist,*) kann in dem Fall, wenn der Mann seiner Frau eine fremde Sache schenkt, zur Usucapion führen; l. 3. pr. D. 41. 6. — l. 25. D. 24. 1. Diese Schenkung wird nämlich nicht vom Verbot der Schenkung unter Eheleuten betroffen, weil der Geber dadurch nicht ärmer wird, wenigstens nicht, wenn er nicht eine bonae fidei possessio an der Sache hatte, welche wohl einen Werth für sich etwa haben kann, folglich die Zulässigkeit der Schenkung und somit den Usucapionstitel verhindern würde. Man könnte zwar dagegen deshalb Bedenken tragen, weil doch immerhin der redliche Besitz zu fehlen scheint, denn die Frau mußte, indem sie voraussetzte, das, was ihr Mann ihr schenke, sey sein Eigenthum, das Verbot der Schenkung unter Eheleuten scheuen. Die römischen Rechtsgelehrten nahmen aber hieran keinen Anstoß, wahrscheinlich deswegen, weil diese Supposition auf einem Irrthum beruhte, welcher als unschädlich behandelt wurde. Plus est in re, quam in existimatione. Glück Thl. XXVI. S. 41., Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. S. 395., v. Savigny System Bd. IV. §. 156.

---

§. 261.

3. Wirkungen.**)

1) Nach welchem Münzfuß ist die Schenkung zu prästiren?

2) Findet bei der Schenkung auch ein jus accrescendi statt?

---

*) l. 1. §. 2. D. 41. 6. Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio.

**) Unter Anderm käme hier die Beschränktheit in der Execution in Folge des dem Schenker noch nach erfolgter Verurtheilung und auch nach einem eingegangenen Constitut, l. 33. pr. D. 39. 5. — l. 41. §. 2. D. 42. 1., zustehen-

3) Wenn der Schenkgeber nach dem Schenkungsversprechen noch zu Verwendungen auf die geschenkte Sache bemüßigt war, kann diese der Beschenkte auch mit in Anspruch nehmen?

4) Kann der Beschenkte aus einem Schenkungsvertrag ebenso, wie aus anderen Verträgen, Verzugszinsen fordern?

5) Ist der Schenker auch für Untergang oder Detorioration, oder geheime Mängel, oder Entwährung der geschenkten Sache einzustehen verbunden?

Zu 1) Die Ansichten hierüber sind zwar verschieden, die natürlichste Entscheidung ist aber doch wohl für den Münzfuß des Wohnorts des Schenkenden; Elvers und Bender's allgem. jurist. Zeitung v. J. 1829. no. 406.

Zu 2) Bei der donatio inter vivos ist an ein Accrescenzrecht nicht zu denken, l. 110. pr. D. 45. 1., Duaren de jure accresc. Lib. I. cap. 15., Becker Rechtsfälle Bd. II. no. 88., auf die donatio mortis causa aber wird es allerdings von Justinian in Anwendung gebracht; l. un. §. 14. C. 6. 51. — l. ult. C. 8. 57. — l. 15. l. 37. D. 39. 6., v. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 123. no. 12. S. 144. no. 2.

Zu 3) Accessionen sind zwar in der Schenkung einer Sache mitbegriffen zu erachten, wenn sie zur Zeit der Schenkung schon vorhanden waren; l. 13. §. 18. D. 19. 1. Si quid servo distracto venditor donavit ante traditionem, hoc quoque restitui debet emtori. Dem neuen Erwerber, und zwar auch dem, welcher servum *ex donatione* acceperit, l. 27. §. 2. D. 15. 1., steht dann frei, ob er das so als accessio des Sclaven ihm Ueberlieferte diesem wieder zum peculium überlassen will; v. Meyerfeld Lehre v. d. Schenkungen Bd. II. S. 148. Anm. 10. Von einem nach der Schenkung gemachten nothwendigen Aufwand kann man aber nicht das Nämliche behaupten, sondern der Beschenkte muß diesen vergüten; Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 498., arg. l. 58—60. D. de legat. I. (30.)

Zu 4) Da das Gesetz dem Beschenkten den Anspruch auf Ver-

---

den beneficii competentiae in Betracht, wovon aber schon oben Kap. IV. §. 238. gehandelt worden ist. Unter den singulären Wirkungen der Schenkung an eine pia causa, s. Nov. 7. c. 12. — Nov. 120. c. 1. §. 1., ist besonders zu beachten, daß schon durch den bloßen Vertrag ein dingliches Recht (act. in rem et hypothecaria) auf die donataria übergeht; l. 23. pr. §. 1. C. 1. 2., v. Meyerfeld Lehre v. d. Schenk. Bd. II. S. 111.

zugszinsen so bestimmt verweigert, s. l. 22. D. 39. 5., eum, qui donationis causa pecuniam vel quid aliud promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere summae aequitatis est, so ist wohl unbedenklich unsere Frage verneinend zu entscheiden, ohne daß es noch auf den in dieser Gesetzstelle enthaltenen Zusatz ankäme, maxime cum in bonae fidei contractibus donationis species non deputetur, denn durch das Hinwegfallen eines einzelnen Motivs fällt noch nicht das ganze Gesetz hinweg. Der dispositive Theil des Gesetzes ist allgemein gefaßt, fordert also auch allgemeine Anwendung, und in den Fällen, wo der Richter in einem Gesetz ausdrücklich auf die Billigkeit angewiesen ist, hat er diese auch zu beobachten. Diese Meinung hat auch die angesehensten Autoritäten für sich; Struben rechtl. Bed. Bd. V. no. 82., Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 99. no. 4., Pufendorf Obs. T. I. obs. 73. §. 3. T. II. obs. 5., Glück Thl. XXI. S. 41., Göschen Vorlesungen Bd. II. S. 458., Hufnagel Mittheilungen Bd. I. S. 87., Cocceji jus controv. Lib. 39. tit. 5. qu. 8., v. Savigny Syst. Bd. IV. S. 121., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 266. (§. 210.), Puchta Pand. §. 70., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 501. S. 313., Pufendorf Obs. jur. univ. T. II. obs. 73., Mackeldey Lehrb. §. 426., Seuffert Pand.-R. Th. II. §. 364., Roßhirt gem. deutsch. Civilr. Bd. II. S. 490. Sie wird auch durch die Analogie anderer Liberalitäten, z. B. der Pollicitation, welche liberalitatis in rem publicam factae causa geschehen ist, bestätigt; l. 16. D. 22. 1. — Häufig wird zwar entgegengesetzt, daß der Gerichtsbrauch auch das Verhältniß des Schenkers zum Beschenkten der allgemeinen Regel unterwerfe, daß Jeder, der sich mit einer Leistung im Rückstand befindet, Verzugszinsen zu zahlen schuldig ist; Carpzov Resp. jur. Lib. IV. Tit. VII. Resp. 53., Kind Quaest. for. T. II. pag. 298. T. IV. pag. 263., Curtius Handb. des Sächs. Civilr. Th. III. §. 1174., v. Hartitzsch Entscheid. no. 365. S. 369. So findet man auch in Böhmer's auserles. Rechtsfällen Bd. III. S. 723., daß auf Verzugszinsen erkannt wurde, in Kind Qu. for. T. II. cap. 55. eine vom K. Sächs. Provocations-Tribunal ausgesprochene Verurtheilung des Schenkers in Verzugszinsen, und in Elvers und Bender's allgem. jurist. Zeitung v. J. 1829. S. 385. verschiedenartige Entscheidungen von sechs deutschen Spruchbehörden im Auszug. Die Berufung auf einen Gerichtsbrauch würde wenigstens vorerst den Beweis desselben erforderlich machen. Die Befreiung des Schenkers von Verzugszinsen läßt sich übrigens nicht auf dessen Erben ausdehnen, wenn diese sich in Verzug befinden; s. Erk. d. O.-A.-G. zu Celle in Seuffert's Archiv

Bd. V. S. 24. Ein Unterschied zwischen remuneratorischen und einfachen Schenkungen wird wohl mit Recht auch hierbei nicht gemacht; Hufnagel Mittheilungen Bd. I. S. 87.

Zu 5) Daß der Schenker nicht für bloßes Versehen, sondern nur für dolus und was diesem gleich geachtet wird, nach dem allgemeinen Princip der l. 5. §. 2. D. 13. 6. — l. 108. §. 12. D. de leg. I. (30.) haftet, ist allgemein anerkannt; v. Savigny System Bd. IV. S. 121. Anm. m.

In Ansehung der Evictionsverbindlichkeit ist die Frage, ob man sie nicht wenigstens bei der remuneratorischen Schenkung statuiren müsse, bereits oben in Betrachtung gezogen worden.

Was endlich die einfache Schenkung betrifft, so sind schon seit den Glossatoren die Meinungen getheilt; vid. Glossa ad l. 1. C. 5. 12. und ad l. 18. §. 3. D. 39. 5.*) — Jene, welchen mehrere der älteren Rechtsgelehrten bis auf Carpzov herab folgten, machen einen Unterschied zwischen der Schenkung durch datio oder promissio und statuiren im letzten, aber nicht im ersten Fall die Evictionsverbindlichkeit des Schenkers. Abgesehen von dieser aus einer hier unanwendbaren Analogie der Grundsätze von der evictio dotis abgeleiteten und daher längst verlassenen Meinung kommen nur noch folgende divergente Ansichten in Betracht:

I. daß der Schenker, wofern er nicht speciell und ausdrücklich die Evictionspflicht übernommen hat, für die Eviction ebensowenig als für heimliche Mängel der Sache hafte; Duaren Comm. ad l. 2. C. 8. 45., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 39. tit. 5. §. 29., Cocceji jus controv. Lib. 21. tit. 2. qu. 7., v. Savigny a. a. O. Bd. IV. S. 121. Anm. n., Thibaut civilist. Abhandl. no. IV. und die in Anm. 2. angeführte Literatur, Mackeldey Lehrb. §. 426., Meier in der 4ten Ausg. von Schweppe's röm. Privatr. Bd. III. §. 501., Carpzov Jurispr. for. P. II. cap. 34. Def. 23., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 523., Koch R. d. Ford. Bd. II. §. 121., Göschen Vorlesungen Bd. II. §. 399., Schilling Lehrb. Bd. III. §. 361. S. 937. 942. Anm. ff. u. gg.

II. daß der Schenkgeber, wenn er eine species versprochen hat, allerdings nicht, wohl aber, wenn er ein genus versprochen

*) Die Geschichte und Literatur über diese Streitfrage s. vorzüglich Koch R. d. Ford. Bd. II. §. 121. Anm. 24., Glück Thl. XX. §. 1119.

hat,*) für die Entwährung hafte, so lange noch Gegenstände von diesem genus vorhanden sind; Voet Comm. ad Pand. Lib. XXI. tit. 2. §. 13., Koch de evict. in donat. non indistincte praestanda. Jen. 1754., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 1919., Höpfner Instit. §. 962., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 422., Schweppe jurist. Magazin St. I. S. 145 ff., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 443., Roßhirt gem. deutsch. Civilr. Bd. II. S. 490. Anm. 4., Glück Thl. XX. S. 256., Malblanc Princ. jur. Rom. P. II. §. 589., Hufeland Lehrb. d. Civilr. Bd. I. §. 541. Anm. 3., Günther Princ. jur. Rom. T. II. §. 1050., Hugo Lehrb. d. Pand. §. 207. Anm. 2., früher auch Thibaut Syst. §. 181. der 3ten Ausg., welcher aber in der Folge diese Meinung wieder aufgegeben hat, indem er den Schenker allemal für frei von einer Evictionsverbindlichkeit erklärt; s. §. 484. Anm. y. der 8ten Ausgabe.

Beide Meinungen in einem Mittelpunkt auf eine befriedigende Weise zu vereinigen, ist vorzüglich v. Vangerow vollkommen gelungen; s. dessen Pandekten Bd. III. §. 610. Anm. 2. Man muß nämlich den Anhängern der zweiten Meinung so viel zugeben, daß der promissor generis, wenn er eine ihm gar nicht gehörige species gibt, seine Verbindlichkeit noch gar nicht erfüllt hat,**) mithin noch nicht liberirt ist, sondern ein anderes Individuum des versprochenen genus präſtiren muß, Schweppe Magazin a. a. O.; aber man

*) Man kann sich darunter zweierlei Fälle denken: 1) ich verspreche ein Stück aus einer universitas oder aus einer bestimmten Quantität von Sachen, z. B. ein Schaf aus meiner Heerde, oder 2) überhaupt etwas in genere, z. B. ein Pferd. Glück, als vorzüglicher Verfechter des Unterschieds zwischen donatio generis und speciei, nennt ersteres eine donatio mixta, letzteres eine donatio generis. In der rechtlichen Wirkung behandelt er aber beide Fälle gleich; der Schenker soll nämlich in diesem wie in jenem Fall verbunden seyn, eine species zu geben, welche der Beschenkte behalten kann; Glück a. a. O. S. 250.

**) Bei einem versprochenen genus ist nämlich das gegebene Individuum nicht in obligatione, sondern nur in solutione. Ein giltiger modus solutionis ist aber die Ablieferung einer fremden Sache nicht. Wenn ich etwas gebe, was der Andere nicht behalten kann, so bin ich noch nicht liberirt. Dies ist besonders in l. 45. §. 1. l. 46. D. de legat. I. (30.) ausgesprochen, cf. l. 72. §. 5. u. 6. l. 33. pr. D. 46. 3.; und wenn man auch Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 524. zugeben muß, daß nicht in allen Beziehungen vom Legat auf Schenkung der Schluß gilt, so ist doch wenigstens in dieser Beziehung kein vernünftiger Unterschied zwischen einem genus legatum und einem genus promissum zu finden.

kann dabei immer noch behaupten, daß hierbei keine eigentliche Eviction Platz greife; denn die Evictionsverbindlichkeit würde, wie v. Vangerow a. a. O. klar hervorhebt, dahin gehen, daß der Promittent nicht nur ein ebenso gutes Individuum, wie das zuvor gegebene prästiren, sondern auch das volle id quod interest vergüten müßte; allein dies verhält sich anders, wenn die vorige Leistung als gar nicht geschehen betrachtet werden muß, denn dann braucht nur ein beliebiges Individuum des versprochenen genus anstatt des vorigen geleistet zu werden. Folgt man dieser Ansicht, so bleibt Geist und Buchstabe der römischen Rechtsbestimmungen unverletzt: lucrativae rei possessor ab evictionis actione ipsa juris ratione depellitur, Pauli sent. rec. Lib. V. tit. 11. §. 5. — l. 18. §. 3. D. 39. 5. — l. 2. C. 8. 45. — l. 131. D. 45. 1. und ad res donatas edictum aedilium curulium non pertinet; l. 62. D. 21. 1.

---

§. 262.

4. Aufhebungsgründe.*)

Die Unwiderruflichkeit einer Schenkung unter Lebenden leidet bekanntlich eine Ausnahme im Fall groben Undanks des Beschenkten; hierbei fragt sich indessen, ob nur die von Justinian in l. ult. C. 8. 56. — aufgeführten oder auch

*) Einer dieser Aufhebungsgründe, nämlich ex capite in officiosi, ist des Zusammenhanges wegen neben der qu. inofficiosi testamenti bereits in Bd. II. §. 178. behandelt worden. Zur Literatur ist noch die gelehrte Abhandlung von Breidenbach im civilist. Archiv Bd. XXVII. S. 338. nachzutragen, welcher gegen die vorherrschende Meinung auszuführen bemüht ist, daß vollständige analoge Anwendung der Grundsätze über die Wirkung und den Umfang der qu. inoff. testam. auf die qu. inofficiosae donationis stattfinde, mithin auch letztere nicht blos bis auf den Pflichttheil, sondern bis zur Intestatportion rescindire. So auch v. Ende vermischte jurist. Ausführungen Bd. I. no. 3. Für die Meinung, daß die qu. inoff. donat. nicht bei Lebzeiten des Schenkers angestellt werden könne, Klein merkw. Rechtssprüche der Hall. Jurist. Facultät Bd. I. S. 173. Bd. V. S. 199., mit Beziehung auf l. 9. C. 3. 29., aber mit Uebersehen der von uns in Bd. II. S. 781. Fr. 3. hervorgehobenen nothwendigen Distinction, gemäß welcher neuerlich auch Schilling Lehrb. Bd. III. S. 973. Anm. xx. unsere Ansicht als die richtige erkennt. Ueber Anfechtungsgründe von Seite Dritter durch die Paulianische Klage s. Bd. III. Kap. XXX. v. d. actio Pauliana und Bd. II. §. 200. Fr. 6. von der donatio omnium bonorum.

andere Undankbarkeitsfälle zum Widerruf der Schenkung berechtigen? und inwiefern eine mater binuba im Widerruf der an ihre Kinder gemachten Schenkungen besonders beschränkt ist?

2) Findet der Widerruf wegen Undanks auch bei einer donatio ob causam statt? desgleichen bei einer donatio sub modo?

3) Kann auch der Erbe des Schenkers diesen Revocationsgrund noch geltend machen, und kann dies auch gegen die Erben des Beschenkten geschehen?

4) Geht die durch Undank des Beschenkten begründete Condiction des Gegebenen auch gegen dritte Besitzer?

5) Wird das Recht, eine Schenkung wegen Undanks zu widerrufen, dadurch aufgehoben, daß der Schenker in der Schenkungsurkunde sich dieses Rechts ausdrücklich begeben hat?

6) Kann auch außer dem Fall der Inofficiosität eine Schenkung ob superveniential liberorum*) revocirt werden?

7) Findet die Condiction desjenigen, was auf ungiltige Weise geschenkt wurde, auch dann statt, wenn der Beschenkte es nicht mehr hat?

8) Ist zum Widerruf einer Schenkung von Todeswegen eine Förmlichkeit nöthig?

Zu 1) Mehrere Rechtsgelehrte sind der Meinung, daß die in der l. ult. C. 8. 56. aufgestellten causae ingratitudinis blos exemplificativ zu nehmen, mithin ähnliche nicht ausgeschlossen seyen; Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XXXIX. tit. 5. §. 49., Walch controv. jur. civ. pag. 477. (Ed. 3.), welcher auch Struv, Schilter, Menoch, Müller zu Struv, Vinnius und Mencke für diese Meinung anführt. Andere dagegen glauben bei den im Gesetz bestimmten Ursachen durchaus stehen bleiben zu müssen; Donell. Comm. Lib. XIV. cap. 27. §. 16—19., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 282., Cocceji jus controv. Lib. XXXIX. tit. 5. qu. 10., Höpfner Instit. §. 412., Stryck Us. mod. Pand. Lib. XXXIX. tit. 5. §. 16., Carpzov Jurispr. for. P. II. c. 12. def. 31., Boehmer Introd. in jus Dig. eod. tit. §. 24. und Ej. Consil. et Resp. T. II. Resp. 912. §. 13. und die bei Walch angeführten Strauch,

*) Vorausgesetzt nämlich, daß der Schenker zur Zeit der Schenkung noch keine Kinder hatte; Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 234. S. 184. d. 2. Ausg.

Richter, Harpprecht, endlich v. Savigny Syst. Bd. IV. S. 233. und v. Keller Pand. §. 68.

Die letztere Meinung scheint die richtigere, denn 1) sagt ja das Gesetz ausdrücklich: *ex his tantummodo causis* — donationes everti concedimus; 2) aus dem vorangegangenen Stand der Gesetzgebung ist die Absicht des Kaisers, die Undankbarkeitsursachen zu fixiren, klar zu erkennen, indem früher die Beurtheilung der groben Undankbarkeit dem richterlichen Ermessen überlassen war, früher nur für den Patron gegen den Freigelassenen galt, und später auf das Verhältniß der Eltern zu den Kindern übergetragen worden war; l. 1. 7. 9. 10. C. 8. 56. Es ist daher gar nicht nöthig, auf eine Discussion darüber einzugehen, ob das Gesetz ein odiosum oder favorabile enthalte, und demnach nur restrictiver oder extensiver Auslegung fähig sey; denn nachdem mit den Worten ex his tantummodo causis alle andern ausgeschlossen sind, hat der Richter nur darüber zu entscheiden, ob sich ein in Anregung gebrachtes factum unter eine der gesetzlichen Ursachen classificiren lasse.*) Von einer Generalisirung muß auch die Betrachtung abhalten, daß die Legislation mehrfach specialisirend zu Werke zu gehen sich veranlaßt gefunden hat. So ist z. B. der mater binuba der Widerruf einer Schenkung an ihre Kinder erster Ehe ganz besonders beschränkt, l. 7. C. 8. 56., Nov. 22. c. 35.,**) und Mütter, die sich einem sittenlosen Wandel ergeben, dürfen ihre Schenkungen

*) Dies würde z. B., wie Höpfner Instit. §. 412. bemerkt, der Fall seyn, wenn der donatarius die Tochter des Schenkers unehelich schwängert, oder mit dessen Ehefrau einen Ehebruch begeht, denn dies ist eine Art schwerer Injurien, und man ist gewiß berechtigt, die Worte in leg. cit. ut injurias *atroces* in eum effundat, nicht, wie v. Savigny Syst. Bd. IV. S. 233. sie erklärt, blos auf Verbalinjurien zu beschränken. Mit dem Geist des Gesetzes wäre dies gewiß nicht zu vereinigen; cf. §. 2. J. 2. 7. ne illi, qui suas res in alios contulerint, ab his quandam patiantur injuriam.

**) Sie kann nämlich nur wegen thätlicher, nicht wegen anderer grober Injurien revociren, auch nicht schon wegen Zufügung irgend eines nicht unbedeutenden Vermögensnachtheils, sondern nur wegen eines auf gänzliche Vermögensentziehung gerichteten Unternehmens; l. 7. C. 8. 56. Auth. de nupt. §. et mater. Nov. 22. c. 35. Auch der Revocationsgrund wegen Nichterfüllung der mit der Schenkung übernommenen Verbindlichkeiten ist hier nicht — wie es in der allgemeinen Verordnung der l. ult. C. 8. 56. geschah — unter die Undankbarkeitsursachen mit aufgenommen, indessen können die für den Fall des nicht erfüllten modus gegebenen anderen Klagen deshalb nicht für versagt angesehen werden; v. Savigny a. a. O. S. 236., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 315. §. 502., Puchta Pand. §. 70., vgl. v. Buchholtz jurist. Abhandl. no. 12.

gar nicht revociren; l. 7. cit., vgl. Grolmann Magazin für die Philosophie des Rechts Bd. IV. Abh. 19.

Zu 2) Die Gesetze, welche dem Schenker unter gewissen Umständen ein Reuerecht gestatten, setzen eine unbedingte Freigebigkeit voraus, bei der donatio ob causam (sc. futuram) ist aber die Freigebigkeit auf bestimmte Weise begrenzt, und da ist nur dann von einem Revocationsrecht die Rede, wenn diese causa donandi nicht erfüllt worden ist. Justinian hat dieses daher zu einem gesonderten Fall gemacht, wenn der Empfänger die Verpflichtungen zu erfüllen verweigert, welche ihm bei der Schenkung auferlegt wurden; l. 2. 3. 8. C. 4. 6. Auf diesen Grund allein beschränkt auch Roßhirt gem. deutsch. Civilr. Bd. II. §. 466. S. 495. und Mühlenbruch Lehrb. §. 443. no. 2. das Widerrufsrecht einer Modalschenkung, vgl. Glück Thl. XIII. S. 22., cf. Bauer Resp. Vol. II. pag. 240., donatio ob causam revocationem ex ingratitudine regulariter non admittit. Abweichend hält Schilling Lehrb. Bd. III. S. 960. u. Anm. mm. dafür, wenn bei einer datio sub modo der Beschenkte, nachdem er die Auflage bereits erfüllt hat, auf andere Art sich eines Undanks gegen den Schenker schuldig macht, so könne dieser insoweit revociren, als dem Beschenkten nach Abzug der durch die Erfüllung des modus verursachten Kosten, reiner Gewinn von der Schenkung übrig geblieben ist.

Zu 3) Ganz unbestritten ist, daß die Erben des Schenkers seine Schenkung nicht widerrufen können, wenn nicht der Schenker selbst bei Lebzeiten gerichtlich*) seinen Willen zu widerrufen erklärt hat; l. 1. 7. 10. C. 8. 56. Darüber aber, ob nicht der Schenker auch noch gegen den Erben des Beschenkten, wenn dieser undankbar gewesen, das Widerrufsrecht ausüben könne, sind die Meinungen getheilt. Zwar bei der Schenkung einer Mutter an ihre Kinder ist es

*) Dies ist wenigstens die gewöhnliche Lehre, welche vorzüglich auf l. 10. C. 8. 56. gegründet wird; Höpfner Instit. §. 412. no. 2., Quistorp Beitr. S. 866. Manche halten aber auch einen außergerichtlichen Widerruf des Schenkers vor 2 Zeugen für genügend, um die Erben des Schenkers zur Geltendmachung des Widerrufs nach seinem Tod zu berechtigen. Dies könnte aber in keinem Fall dann behauptet werden, wenn die Schenkung per dationem geschehen ist, denn da könnten die Erben nur durch eine Klage ihren Zweck erreichen, und diese ist ihnen ausdrücklich im Gesetz versagt. War aber die Schenkung nur per promissionem gemacht, so brauchen die Erben, um sich gegen die Klage zu schützen, nur den Beweis des wirklich geschehenen ernstlichen und bestimmten Widerrufs, und der denselben gesetzlich begründenden Thatsachen zu erbringen.

in l. 7. C. 8. 56. bestimmt ausgesprochen, daß sie, wenn sie bei Lebzeiten des Beschenkten geschwiegen, nicht mehr gegen dessen Erben mit einer Revocationsklage auftreten kann, vielmehr diese Klage in beiderlei Beziehung ganz persönlich seyn soll; nec in heredem detur, nec tribuatur heredi. Als eine singuläre Bestimmung für das Verhältniß zwischen Mutter und Kind dürfte dies wohl nicht generalisirt werden, sondern erschiene vielmehr als Ausnahmsgesetz; allein in l. 10. C. 8. 56. findet sich auch eine allgemeine Bestimmung, welche das Nämliche, nur mit andern Worten, zu sagen scheint, denn indem hier Justinian das Widerrufsrecht des Schenkers in gewissen Undankbarkeitsfällen feststellt, fügt er hinzu: hoc tamen usque ad primas personas tantummodo stare censemus. Denkt man sich nun unter den primae personae den Schenker und den Beschenkten, so erscheint offenbar das Widerrufsrecht individuell auf diesen und gegen diesen beschränkt; allein so ausgemacht ist dies doch nicht, denn nun fährt der Kaiser auf eine solche Weise fort, daß sein Gedanke in ganz anderer Gestalt hervortritt. Er sagt nämlich: nulla licentia concedenda *donatoris successoribus* hujusmodi quaerimoniarum primordium instituere. Etenim si ipse, qui hoc passus est, tacuerit, silentium ejus maneat semper, et non a posteritate ejus suscitari concedatur, vel adversus eum, qui ingratus esse dicitur, vel adversus ejus successores. — Dies gibt nun gewiß keinen andern Sinn, als diesen: Nur der Schenker — als der durch Undank Verletzte — kann revociren, seinem Erben kann diese Freiheit durchaus nicht zugestanden werden, weder gegen den Undankbaren, noch gegen dessen Nachfolger. Wenn nun blos die Erben des Schenkers, auf welche allein das Motiv des Ausschlusses paßt, weder gegen den Beschenkten, noch gegen dessen Erben sollen klagen können, so scheint dem Schenker selbst sein Recht gegen Einen, wie gegen den Andern*) nach Umständen zu klagen unbenommen; und warum sollte es ihm durch den zufälligen Tod des Beschenkten gegen die allgemeine Regel in einem Falle entzogen werden, wo es sich nicht von einer eigentlichen Pönalklage, sondern von einer reipersecutorischen Klage,**) von der Zurückforderung einer unter einer präsumtiven Voraussetzung, welche nicht eingetroffen ist, weggegebenen Sache handelt? Warum soll die turpitudo, mit welcher das Geschenk

*) Daß dabei nur vom Undank des Beschenkten selbst und nicht seiner Erben die Rede seyn kann, versteht sich, wie Höpfner Instit. §. 412. a. E. bemerkt, wohl von selbst.

**) Nach dem gesetzlichen Begriff l. 35. D. 44. 7. illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest

behaftet ist, nur den Erben, welche sich damit bereichern wollen, nicht schaden? Kann es nicht dem Beschenkten gelungen seyn, die That, durch welche er des Geschenks unwürdig geworden ist, so lang er nicht durch seinen Tod daran gehindert wurde, vor dem Geschenkgeber zu verheimlichen, und sollte dann dieser sein Recht blos durch die List des Undankbaren verlieren? Daß dem nicht also seyn könne, sucht vorzüglich Donell. Comm. Lib. XIV. Cap. 30. §. 1—15. umständlich auszuführen, und ihm stimmen bei: Löhr im civil. Archiv Bd. VII. S. 273., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 502. S. 315., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 267. (§. 211.), Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 234., dagegen, zufolge der Eingangs erwähnten grammatischen Auslegung, theils aus der Ansicht, daß die Revocationsklage vindictam spirans sey, den Satz: nec in heredem detur nec tribuatur heredi allgemein behaupten: v. Savigny System Bd. IV. S. 232 ff., Puchta Pand. §. 70., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. XI. S. 214. §. 5., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1002., Hellfeld Jurispr. for. §. 1703., Voet Comm. ad Pand. Lib. XXXIX. tit. 5. §. 23., Mühlenbruch D. P. Vol. II. §. 444., Schilling a. a. O. S. 962. §. 363. u. Anm. uu., Letzterer jedoch mit der Ausnahme, daß wegen Nichterfüllung des bei einer Schenkung verabredeten modus die condictio ob causam datorum auch gegen die Erben stattfindet, l. 2. 3. 8. C. 4. 6.

Zu 4) Der Schenker hat in diesem Fall offenbar keine Realklage, welche gegen Dritte gehen könnte, sondern nur eine persönliche Klage, Walch controv. jur. civ. pag. 479., denn die Schenkung war ja an sich giltig, und soll nur in Folge einer später entstandenen Ursache wieder aufgehoben werden. Was der Donatar in der Zwischenzeit mit dem Geschenk gethan, was für Dispositionen er darüber getroffen hat, ist und bleibt rechtsgiltig, v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 267., Donell l. c. cap. 31., und dies nicht allein dem Dritten gegenüber, sondern auch auf Seite des Beschenkten selbst sind seine Dispositionen vollgiltig; cf. l. 7. C. 8. 56. Er selbst kann aber der Revocation dann unterliegen, wenn er nach dem begangenen Undank die geschenkte Sache consumirt hat, denn da er nun den Widerruf erwarten mußte, so kann man von ihm sagen: dolo fecit, quo minus restitueret, l. 14. D. 10. 4. — l. 37. D. 21. 1., v. Savigny System Bd. IV. S. 237.

Zu 5) Einem solchen Vertrag wird keine verbindende Kraft eingeräumt; pacta, quae turpem causam continent, non sunt observanda, veluti si paciscar, ne furti agam vel injuriarum, si feceris. l. 27. §. 4.

D. 2. 14., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. XI. no. 571., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 268. (§. 282.) Auch bei der remuneratorischen Schenkung soll nach v. Savigny System Bd. IV. S. 235. u. 278. eine Ausnahme nicht stattfinden, was freilich insofern zweifelhaft ist, als man die stillschweigende Voraussetzung des Schenkers, auf welche man sein Widerrufsrecht bei getäuschter Voraussetzung gründet, auf Künftiges gerichtet ansieht, dagegen wer remuneratorisch schenkt, nur auf Gewesenes sein Absehen hat, und indem er auf künftige Begebenheiten einen Widerruf zu gründen verzichtet, ein vom Beschenkten bereits vollkommen verdientes Wohlwollen anerkennt; Donell. Comm Lib. 14. cap. 31. — Da aber der remuneratorisch Beschenkte gleichfalls zur Dankbarkeit verpflichtet ist, und der Widerruf nur wegen groben Undanks in den Gesetzen zugelassen ist, so scheint doch immer einer entgegengesetzten Stipulation eine turpitudo anzukleben.

Zu 6) Eine gesetzliche Bestimmung, welche supervenientiam liberorum zu einem rechtlichen Grund der Schenkungs-Revocation macht, haben wir nur für das Verhältniß zwischen dem Patron und seinem Freigelassenen. In älterer Zeit hatte nämlich der Patron ein ganz unbeschränktes Recht, jede Schenkung, welche er seinem Freigelassenen gemacht hatte, zu widerrufen, l. 3. C. Th. 8. 13. — l. 8. C. 8. 56.*), später wurde seine Revocationsbefugniß nach l. 5. C. 3. 29. auf zwei Fälle, nämlich des Undanks und nachgeborener Kinder, beschränkt; Fragm. Vaticana §. 272. 313., (Ed. Buchholtz), Puchta Curs. d. Instit. Bd. II. §. 206. Mit dem Aufhören dieses Verhältnisses hätte man eigentlich auch die für dasselbe gegebene Vorschrift als antiquirt betrachten sollen,**) wie schon Gothofred. ad l. 3. Cod. Th. de revoc. donat. behauptet hatte, s. auch Donell. Comm. Lib. XIV. cap. 32.,

*) Einen Commentar über diese Gesetzstelle findet man in Tiraquell. Op. Th. VI. no. 11. Francf. 1574.

**) Sehr verschieden sind in diesem Punkt die Gesetzgebungen neuerer Zeit. Im österreich. bürgerl. Gesetzbuch §. 954. ist dieser Revocationsgrund schlechthin abgeschafft. Nach dem französischen Gesetzbuch hingegen, Code civil Art. 960., ist jede Schenkung unter Lebenden, welche von Personen gemacht wird, die zur Zeit derselben noch keine Kinder hatten, von welchem Werth sie auch sey, durch die nachherige Geburt eines rechtmäßigen Kindes des Schenkgebers, selbst eines nach seinem Tode gebornen von Rechtswegen widerrufen. — Gleiche Widerruflichkeit statuirt auch das Preußische Landrecht Thl. I. Tit. XI. §. 1140—50., jedoch nur für ein Schenkungsversprechen, dagegen eine bereits vollzogene Schenkung aus dem Grund nachgeborener Kinder nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.

v. Savigny System Bd. IV. S. 228., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 268. (§. 211.), Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 502., Mühlenbruch D. P. Vol. II. §. 444., Zoller Ex. an donatio inter vivos legitime facta ob supervenientiam liberorum revocari possit. Lips. 1767., Schilling Lehrb. Bd. III. S. 963. §. 363., v. Keller Pand. §. 68. Anm. 4. Allein die Praxis erfaßte das Elterliche Verhältniß als prägnant und principiell für die Folge, Faber Codex defin. forens. VIII. 38. 2., Giphanius explanatio legum Codicis (Colon. 1615.) pag. 487., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XXXIX. tit. 5. §. 53—57., Berger Oecon. jur. lib. II. tit. 2. th. 29., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1003., Höpfner Inst. §. 412., Glück Thl. IV. S. 309., Hagemann prakt. Erörter. Bd. VI. S. 376., und verfolgte es so strict, daß eine aus diesem Grund widerrufene Schenkung selbst dann nicht reviviseiren soll, wenn auch die nachgeborenen Kinder gleich nachher wieder gestorben wären, Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. S. 218., Walch controv. jur. civ. pag. 481., Köchy Meditt. no. 29. Selbst diejenigen Rechtsgelehrten, welche diese Praxis als willkürlich mißbilligen, gestehen gleichwohl den constanten Gerichtsbrauch für diesen Revocationsgrund zu, Puchta Pand. §. 70. Anm. d., Mackeldey Lehrb. §. 427. Anm. f., Höpfner a. a. O. §. 412. Anm. 7., Köchy a. a. O., Walch a. a. O., beide letztere jedoch, ohne dem Vater die Freiheit, auf solchen Widerruf zu verzichten, abzusprechen, Wernher Obs. T. II. P. 10. obs. 371., Pufendorf Obs. T. III. obs. 157. Da indessen nicht jede unbedeutende Schenkung aus diesem Grund für widerruflich geachtet zu werden pflegt, so bleibt dem richterlichen Ermessen die Anwendung des Gesetzes überlassen, die Beurtheilung nämlich, ob bei Voraussicht nachgeborener Kinder eine Unterlassung der Schenkung muthmaßlich anzunehmen sey.

Zu 7) Selbst gegen den Beschenkten kann das, was ihm auf eine ungiltige Weise geschenkt wurde, dann nicht mehr condicirt werden, wenn die geschenkte Sache nicht nur bei ihm nicht mehr vorhanden ist, sondern er auch zur Zeit der angestellten Klage sich nicht mehr durch die Schenkung bereichert befindet. Nur wenn er nach begangener Undankbarkeit das Geschenk weggab, ist er wegen Unredlichkeit zur Erstattung des Werths verbunden; l. 65. §. 8. D. 12. 6. — l. 63. §. 7. l. 68. §. 1. D. 17. 2. — l. 37. D. 24. 1. — l. 39. D. 39. 6., vergl. oben Fr. 4., l. 32. §. 9. D. 24. 1. u. Anm. 47. der deutschen Uebersetzung hierzu, v. Savigny System Bd. IV. S. 65. 68. 74. 76., Schilling Lehrb. Bd. III. S. 961. Was die Früchte

der geschenkten Sache im Fall des Widerrufs der Schenkung betrifft, so hält sie v. Savigny a. a. O. S. 46. u. 239. ebenso wie die Sache selbst der Revocation unterworfen, allein dagegen bemerkt Schilling a. a. O. wohl mit Recht: bis zu dem Zeitpunkt, wo der Beschenkte die Undankbarkeit beging, oder beschloß, kann er als redlicher Besitzer und Eigenthümer weder zu einem Ersatz für die über die Sache getroffenen Verfügungen, noch zur Restitution der bis dahin gezogenen Früchte und Nutzungen angehalten werden; überhaupt hat der Widerruf einer Schenkung keine rückwirkende Kraft; l. 7. C. 8. 56. quae ante — jure perfecta sunt — minime revocamus.

Zu 8) Die Meinung Einiger, daß die Beiziehung von 5 Zeugen erfordert werde, Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XXXIX. tit. 6. §. 27., Faber Err. Pragm. Dec. XLVI. err. 6., beruht wohl nur auf irrigen Ansichten, denn der donatarius mortis causa hat ja noch gar kein jus perfectum, v. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 147. Quibuscunque modis legatum adimi potest, iisdem quoque modis donatio m. c. ademta esse censetur. Stryck Us. mod. Pand. Lib. XXXIX. tit. 6. §. 6., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1012., Berger Oecon. jur. pag. 273. Daraus aber, daß der Schenker in der Folge einen Universalerben durch Testament ernennt, folgt nicht ohne weiteres ein Widerruf der don. m. c. Donator potius heredem institutum ad persolvendum id, quod promiserat, adstringere voluisse intelligitur. Stryck l. c. Vom Widerruf einer Schenkung überhaupt vergl. Kind Qu. for. T. II. pag. 238. und insbesondere durch ein nachheriges Testament: Duysing Annalen der Gesetzg. Rechtsgelehrsamkeit und Rechtspflege in den Kurfürstl. Hessischen Ländern S. 77.

Kapitel II.

Darlehn.

Gajus Lib. III. §. 90. Inst. III. 15. quibus modis re contrahitur obligatio. Dig. XII. 1. de rebus creditis. Cod. IV. 1. de rebus creditis. IV. 2. si certum petatur.

§. 263.

1. Von der Verbindlichkeit aus demselben und dem Beweis.*)

1) Da ich ex mutuo nur dadurch obligirt werde, daß mir etwas, gegen Rückerstattung in eadem qualitate et quantitate**) in wirkliches Eigenthum übertragen wird***), so scheint die actio mutui nicht möglich, wenn der Darleiher selbst nicht Eigenthümer war, oder auch, wenn er eine solche Person war, welcher die Veräußerungsbefugniß mangelt; was für Rechtsmittel stehen dann gleichwohl im ersten Fall dem wirklichen Eigenthümer, und im zweiten Fall den Vorgesetzten desjenigen zu, welcher persönlich unfähig zu Veräußerungen war?

---

*) Eine Schuldforderung kann nicht durch eine vom Schuldner seinem Gläubiger ausgestellte Anweisung bewiesen werden; v. Hohnhorst's Jahrb. d. Großh. Bad. Oberhofg. zu Mannheim Bd. VII. S. 84. u. 217.

**) Von dem Einfluß der Münzveränderungen auf Gelddarlehen s. oben im allgem. Theil Kap. II. §. 212. Von Darlehen an Hauskinder s. Bd. I. §. 69.

***) Durch dieses Hingeben, welches auch traditione brevi manu bewirkt werden kann, l. 11. pr. l. 15. D. 12. 1., oder auch durch Uebergeben einer Sache, welche der Empfänger erst in Geld umzusetzen hat (contr. mohatrae), l. 11. pr. D. 12. 1. — l. 8. C. 4. 2., Walch controv. jur. civ. pag. 499. §. 2. wird wesentlich das Darlehnsgeschäft perficirt. Zwar sollen auch da, wie bei anderen Verträgen, die rechtlichen Erfordernisse der Einwilligung nicht fehlen, mutuum nisi inter consentientes contrahi non potest; indessen kann hier der Irrthum doch nicht dieselben Folgen haben, wie bei reinen Consensualverträgen. Durch den reellen Empfang meines Geldes wird der Schuldner verpflichtet, und wenn er sich auch in der Person des Darleihers geirrt haben sollte, so kann mir eine Klage doch nicht versagt werden, ich kann zu ihm sagen: non quia pecuniam tibi credidi, hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest, sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est (*condictio Juventiana*), l. 32. D. 12. 1., Glück Thl. XII. S. 23.

2) Wenn ein Darlehn in Staatspapieren nach dem Courswerth gegeben wurde, nach welchem Courswerth muß dann die Rückzahlung geleistet werden?
3) Da nach l. 27. D. de rebus creditis (12. 1.) Städte darlehnsweise nur durch die von dem Gläubiger besonders zu beweisende wirkliche Verwendung des Geldes in ihren Nutzen verpflichtet werden, so fragt sich, ob dies auch auf Dörfer und andere Gemeinheiten*) Anwendung finde? oder auch auf Darlehen, welche von Vormündern für ihre Curanden aufgenommen worden sind?
4) Bekanntlich schützt Haussöhne und deren Väter die exc. Scti. Macedoniani**) nur gegen Geldbarlehen, sie mögen nun offen oder verschleiert seyn, muß aber, wenn letzteres behauptet wird, vom Excipienten der Beweis geführt werden?
5) Bekanntlich kann derjenige Haussohn, welcher ein peculium castrense oder quasi castrense besitzt, rücksichtlich dieses Vermögens***) sich nicht mit dem Senatsconsult gegen eingegangene Schuldverbindlichkeiten schützen, kann aber ein Gleiches auch in Ansehung seines peculii adventitii extraordinarii behauptet werden?
6) Wenn es ausgemachten Rechtens ist, daß derjenige, welcher eine Urkunde unterschrieben hat, auch als Bekenner des Inhalts gilt, so fragt sich, welche Rechtshilfe demselben gegen

*) Vergl. Bd. I. §. 30. zu Fr. 4.

**) Dig. XIV. 6. Cod. IV. 28. ad Sct. Macedon. §. 7. Inst. quod cum eo, qui in aliena potestate (4. 7.); vergl. Bd. I. §. 69. Die heutige Anwendbarkeit des Maced. Rathschlusses ist zwar schon bezweifelt worden, steht aber durch den Gerichtsbrauch hinlänglich fest; Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 153. §. 73. — Unter denjenigen Rechtslehrern, welche selbst den eidlichen Verzicht auf das Sct. Mac. als unwirksam erkennen, verdient noch bemerkt zu werden: v. Bülow Abhandl. Th. I. S. 297., v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 378. §. 245. a. E.

***) Er haftet nämlich mit diesem, so weit es zureicht, für die contrahirte Schuld. Daß das Darlehn gerade in res castrenses vel quasi castrenses entnommen seyn müsse, ist nicht, wie Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. III. §. 575. anzunehmen scheint, ein besonderes Erforderniß, denn dies wird immer von selbst verstanden. Wer ein peculium castrense hat, dem wird mit Recht creditirt. Ex praesumtione miles non creditur in aliud quidquam pecuniam accipere ex expendere, nisi in causas castrenses, nulla differentia introducenda, ob quam causam pecuniae creditae vel ubi consumtae sint; l. 7. §. 1. C. 4. 28., Glück Thl. XII. S. 59., Unterholzner a. a. O. Bd. I. §. 73. S. 150., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 245.

Fälschung des Inhalts zu Statten komme, und ob auch einem dritten Inhaber der Schuldurkunde eine Einrede aus dem Betrug seines Cedenten entgegengesetzt werden könne?

7) Wenn eine Privat-Schuldurkunde vom Schuldner eidlich diffitirt werden will, und der Gläubiger dadurch veranlaßt wird, das Beweismittel der Handschriftenvergleichung*) zur Constatirung der Aechtheit der Unterschrift zu Hilfe zu nehmen,. so entsteht, wenn auch das Gutachten des Experten günstig für ihn ausgefallen ist, dennoch, weil dasselbe nie einen vollen Beweis macht, die Frage, ob der Kläger zum Erfüllungs- oder der Beklagte zum Reinigungseid zuzulassen ist?

8) Wenn es an Handschriften, welche zur Vergleichung dienen könnten, mangelt, kann dann der Richter auf Verlangen des Beweisführers, den angeblichen Aussteller der Urkunde sub poena convicti zwingen, etwas im Gerichte zu schreiben?

9) Was wird zum Zeugenbeweis erfordert, wenn der Darlehnsvertrag nicht schriftlich errichtet worden ist?

10) Kann derjenige, welcher in einer Urkunde eine bestimmte Summe schuldig geworden zu seyn bekannt hat, von dem Gläubiger erst noch den Beweis der causa debendi fordern, oder kann er die Erklärung über eine der causa debendi ermangelnde Urkunde ganz verweigern?

11) Wenn sich blos der Gläubiger eine Kündigungszeit stipulirt hat, kann diese dann vom Schuldner auch für sich in Anspruch genommen werden?

12) Wenn der Darleiher in Ermangelung baaren Geldes Sachen gegeben hat, damit der Entnehmer diese zu Geld machen und dieses als Darlehn behalten möge, geht dann auch an diesen Sachen die Gefahr auf den Schuldner über?

13) Wem liegt der Beweis ob, wenn der Schuldner zwar den Empfang des Geldes bekennt, aber dagegen behauptet, er habe es geschenkt erhalten, oder aus einem anderen rechtmäßigen Grund empfangen?

14) Welche Erleichterung der Beweislast findet zum Besten des Gläubigers statt, wenn ihm der Schuldschein ohne seine

---

*) Ueber deren Erfordernisse s. vorzügl. Klüpfel im civil. Archiv Bd. II. S. 333., Gensler daselbst S. 318., Goldschmidt Abhandl. aus dem deutsch. gem. Civilproc. S. 101., Buchner D. de probat. per liter. compar. Gött. 1779.

Schuld verloren gegangen oder er durch List oder Gewalt des Schuldners um denselben gebracht worden ist?

Zu 1) Wenn ein Nichteigenthümer einseitig mein Geld einem Andern lieh, so kann ich das vorhandene bei dem Empfänger, er mag nun in bona oder mala fide seyn, ohne Zweifel vindiciren, oder ich kann mir, wenn es nicht mehr vorhanden ist, von Jenem die Klagen cediren lassen. Ob mir aber außerdem gegen den Empfänger meines Geldes ein unmittelbares Klagrecht, mithin ohne eine Cession, zustehe, und zwar nach Cujac. Obs. V. 29. eine utilis condictio, oder nach Thibaut System §. 546. eine actio in factum auf so viel derselbe bereichert ist, dürfte wohl mit besserem Grund nach l. 2. l. 7. C. 4. 2. zu verneinen seyn; denn l. 4. C. 4. 2. u. l. 32. D. 12. 1., welche Cujac. für sich anführt, sprechen von anderen Fällen, und Thibaut's Citate l. 52. D. 6. 1. u. l. 14. §. 3. D. 19. 5. stehen, wie Schilling Lehrb. Bd. III. §. 266. Anm. 9. bemerkt, nicht einmal in entfernter Beziehung, Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 252. S. 308 ff. d. 2. Ausg. Man kann aber wohl ein Darlehn im Namen eines Andern geben, so daß diesem das Klagrecht daraus direct erworben wird; l. 2. §. 4. i. f. l. 9. §. 8. D. 12. 1. — Allerdings kommt dem Pflegbefohlenen, dessen Geld sein Vormund in eigenem Namen ausgeliehen hat, nach l. 2. D. 26. 9. — l. 2. C. 5. 39. die act. pecuniae creditae als act. utilis zu, so auch dem Geschäftsführer, wenn er aus dem Vermögen des Geschäftsherrn und in dessen Namen ein Darlehn gegeben, dieser aber es hernach gemißbilligt hat; l. 4. C. 4. 2.

Wenn Jemand, dem die Veräußerungsfreiheit mangelt, ein Darlehn gegeben hat, so kann von dessen Vorgesetzten das Geld, wenn es bei dem Empfänger noch vorhanden ist, vindicirt werden, hat dieser es aber schon consumirt, so ist das Geld durch die Consumtion als eine der einseitigen Erwerbungsarten in sein Eigenthum übergegangen*), und es steht daher der Condiction der in der Frage erhobene Zweifel wegen mangelnder Eigenthumsübertragung nicht im

*) Dagegen behauptet zwar Schilling Lehrb. f. Instit. rc. Bd. III. S. 231. Anm. p. durch Consumtion könne ein Eigenthum nicht erworben werden, weil durch sie vielmehr alles Eigenthum untergehe, er kann aber doch nicht dem, worauf es eigentlich ankommt, widersprechen, daß nämlich in Folge der Consumtion die Condiction begründet sey. Dasselbe gilt unstreitig auch von der commixtio, arg. l. 78. D. 46. 3., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 13. Anm. m., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 623.

Wege, vielmehr ist es gleichgiltig, ob der Beklagte das Eigenthum auf diese oder jene Art erlangt oder auch durch Verjährung ersessen hat; §. 2. J. 2. 8. — l. 11. §. 2. l. 12. l. 13. pr. §. 1. D. 12. 1., Puchta Pand. §. 304., Thibaut System §. 546., Glück Thl. XII. §. 781. S. 35., Mackeldey Lehrb. §. 397. Anm. c., Leyser Sp. 130. med. 7. u. 8.

Zu 2) Die Wiederbezahlung eines in Staatspapieren empfangenen Darlehns muß nach dem Courswerthe, den die Papiere zur Zeit des abgeschlossenen Contracts hatten, geleistet werden. Die Gefahr der Effecten, d. i. der mögliche Gewinn und Verlust durch Coursdifferenz, geht auf Rechnung des Schuldners, wie beim Darlehn in baarem Geld, v. Hartitzsch Entscheid. no. 389., vergl. oben im allgem. Theil Kap. II. §. 1. Fr. 2. u. 3. S. 35. Ein anderes wäre es, wenn der Entnehmer das Papiergeld nicht als Geld überhaupt, sondern als Papiergeld insbesondere erhalten hätte, dann gibt er ebensoviel zurück, als er bekommen hat, wie auch der Marktpreis sich geändert haben möge, vorausgesetzt, daß nicht die Gesetze, wodurch der Werth des Papiergelds bestimmt war, sich in der Zwischenzeit geändert haben; Unterholzner Schuldverh. Bd. II. Anm. n. S. 16. Einige Gutachten der Frankf. Handelskammer im Betreff des Verkehrs mit Werthpapieren, s. Seuffert u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. XX. S. 333. 337—344. [Vergl. auch Kuntze Lehre v. d. Inhaberpapieren §. 152., v. Völderndorff in Seuffert's Blättern f. R.-A. 1860. No. 20. 21., Striethorst's Arch. f. Entsch. N. F. 3. Jahrg. 2. Bd. (1860.), S. 166. u. Seuffert's Archiv XIV. No. 133.]

Zu 3) Das angeführte Gesetz spricht zwar wörtlich nur von der civitas, allein dieses Wort wird in den Gesetzen öfters auch da gebraucht, wo von den Rechten anderer Gemeinheiten die Rede ist.*) Hiernächst ist der Grund des Gesetzes auf jede Gemeinde gleich anwendbar. Er liegt nämlich darin, daß durch das Darlehn, wie durch andere Realcontracte, eine Verbindlichkeit nur mittels des Empfangs dessen, was der Andere gibt, erzeugt werden kann. Als wirklicher Empfänger kann aber eine Gemeinheit nicht schon alsdann betrachtet werden, wenn diejenigen, welche in ihrem Namen empfangen, bloße Verwalter sind. Um also die universitas zu verpflichten, muß diese entweder selbst durch ihre sämmtlichen Glieder, oder nach gehöriger

*) Gebr. Overbeck Meditt. Bd. V. no. 306., Leyser Sp. 131., Stryck Us. mod. Lib. XII. tit. 1. §. 26., Schilter Prax. jur. Rom. Ex. 22. §. 53., Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 2. th. 2. not. 2.

Convocation wenigstens durch $^2/_3$ derselben, oder durch solche Personen, welche nach der Gemeindeverfassung die Gesammtheit vollkommen zu repräsentiren vermögen, das Gegebene empfangen. Außerdem muß der Darleiher, wenngleich das Bekenntniß der nützlichen Verwendung in der Schuldurkunde enthalten ist, dennoch erst beweisen, daß die Verwendung in den Nutzen der universitas stattgefunden habe, daher auch auf eine solche Urkunde keine Executivklage gegründet werden kann; Hommel Rhaps. Vol. II. obs. 385., Wernher Obs. sel. for. T. I. obs. 162. T. II. obs. 281. Bei Darlehen, welche von Curatoren für ihre Curanden aufgenommen werden, kann man aber, wenn dabei ganz nach den gesetzlichen Vorschriften verfahren worden ist, wohl nicht, wie Manche dafür halten, Voet Comm. ad Pand. Lib. XII. tit. 1. §. 12., Malblanc Princ. jur. Rom. T. II. §. 467., Boehmer Doctr. de act. Sect. II. cap. VIII. §. 4., Wernher l. c. T. II. P. VI. obs. 387., dem Darleiher auch noch den Beweis der wirklichen Version in rem pupilli zumuthen, sondern dieser müßte eine erlittene Läsion beweisen; Glück Thl. XII. S. 53. und die dort angeführten Schriftsteller. Unzweifelhaft steht übrigens einem Minderjährigen gegen einen von ihm ausgestellten Schuldschein, wenn das Geld nicht in seinen Nutzen verwendet worden ist, restitutio in integrum zu; l. 1. l. 2. C. 2. 38., vergl. l. 3. C. 5. 39.

Zu 4) Kauf auf Borg ist zwar ebensogut Schuldenmacherei, als unmittelbares Entlehnen des Geldes, und es mag wohl auf letzteres oft sogar der nächste Gedanke beider Theile gegangen seyn, wenn z. B. der Jude dem Haussohn Uhren, Dosen und andere Dinge von Werth auf Credit verkauft hat, welche dieser sogleich in Geld verwandeln kann. Wenn aber nicht ausdrücklich ein s. g. contractus mohatrae geschlossen ist, welcher an sich ein Darlehnsvertrag nur in veränderter Form ist, so würde immerhin zur Anfechtung desselben der Beweis von Seite des Beklagten erforderlich seyn, daß das Geschäft, aus welchem geklagt worden, nur zum Schein gebraucht, die wahre Absicht aber auf ein Gelddarlehn*) gerichtet gewesen sey;

---

*) Aus einem Gelddarlehn an einen filiusfamilias hat der Darleiher auch nicht einmal nach dem Tode des Vaters ein Klagrecht; l. 1. pr. D. 14. 6. Auch auf Haustöchter, Enkel, Enkelinnen und Urenkel ist das nur von Haussöhnen sprechende Sct. durch Interpretation erstreckt worden; l. 9. §. 2. l. 14. D. 14. 6. — §. 7. J. 4. 7. — l. 6. §. 1. C. 4. 28. Die Obligation wird zwar als eine natürliche anerkannt, aber mit beschränkter Wirksamkeit. Es kann zwar die geleistete Zahlung nicht zurückgefordert werden, aber zur Compensation ist diese natürliche Verbindlichkeit untauglich; Sintenis Civilr.

l. 3. §. 3. l. 7. §. 3. D. 14. 6., Glück Thl. XIV. S. 310. Der Senatsbeschluß wollte nur die Hauptquelle leichtsinniger Verschuldung verstopfen; weiter zu gehen hinderte die Besorgniß bedenklicher Hemmung des Verkehrs, Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 148. So fällt auch die bürgschaftliche Verbindlichmachung des Haussohns für das von einem Andern contrahirte Darlehn nicht unter das Senatsconsult, l. 7. pr. l. 13. D. 14. 6., und ebensowenig kann er, wenn er Waaren gekauft und statt Zahlung eine Handschrift über die daraus entstandene verzinsliche Schuld ausgestellt hat, die exc. Sct. Mac. dagegen geltend machen, denn die Schuld bleibt immer eine Kaufschuld, die Handschrift sollte nur zum Beweis der schuldigen Geldsumme dienen. Origo potius obligationis quam titulus actionis considerandus est; l. 3. C. 4. 28., Schmidt hinterl. Abhandl. verschied. prakt. Rechtsmaterien Bd. I. S. 178.

Zu 5) Ein Schluß von dem Einen auf das Andere, wegen gewisser Gleichheit des Verhältnisses, scheint zwar bedenklich, denn ein Unterschied zwischen beiden bemerkten Arten der Peculien ist doch insofern zu beobachten, daß nur bezüglich der bona castrensia der Haussohn für einen paterfamilias gilt, was bei keinem andern Sondergut der Fall ist, daher mehrere Rechtsgelehrte die Ausdehnung auf Adventizgut irgend einer Art verwerfen; Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XIV. tit. 6. §. 10., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 4133. not. d. Allein da die Nov. 117. cap. 1. §. 1. den Haussöhnen die freie Verwaltung des pec. advent. irregularis einräumt, so muß man, um nicht der Täuschung und Unredlichkeit freies Feld zu öffnen, mit den meisten Rechtsgelehrten die obligatorischen Verfügun=

Bd. II. §. 108. S. 514. d. 2. Aufl. Ueber die Ausnahmen vom Sct. s. Bd. I. §. 69. Eine solche, für den Fall, wenn der Haussohn, nachdem er sui juris geworden, einen Theil der Schuld bezahlt hat, l. 20. D. 14. 6. — l. 2. C. 4. 28., vertheidigt, außer den dort angeführten, auch Francke civilist. Abhandl. S. 125. Mehreres über die Fälle stillschweigender Anerkennung der Darlehnsschuld s. Glück Thl. XIV. S. 322—327., Mühlenbruch im civil. Archiv Bd. II. S. 429. Anm. 43. Der Grundsatz, daß dem Darleiher die exc. Scti nicht entgegengesetzt werden könne, wenn er sich in entschuldbarer Unwissenheit darüber befand, daß sein Schuldner noch ein Haussohn sey, kann füglich auf den Fall angewendet werden, wenn er in der Fremde Handelsgeschäfte geführt und sich so wie ein homo sui juris gerirt hat; l. 2. C. 4. 28., Schmidt hinterl. Abhandl. Bd. II. S. 83. — Die Bekleidung eines öffentlichen Amts mit Besoldung, wenn nicht zugleich separata oeconomia vorhanden ist, macht die Exception des Macedonianischen Rathsschlusses nicht unanwendbar; v. Rüling Entscheid. d. O.=A.=G. zu Celle no. 65.

gen des Haussohns gelten lassen, soweit diese Art des Peculiums für seine eingegangenen Verbindlichkeiten zureicht; Glück Thl. XIV. §. 904. S. 349. und die in Anm. 95. von ihm angeführten Schriftsteller, Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 150. Anm. a., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 245., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. III. §. 575. not. 21.

Zu 6) Es sind hier zweierlei Fälle hervorzuheben:

a) Wenn der Betrug an der Urkunde selbst verübt, und zwar äußerlich sichtbar oder wenigstens zu hoher Wahrscheinlichkeit gebracht, oder sonst erweislich ist. Ist z. B. die Urkunde mit Rasuren, Superscriptionen und dergl. an wesentlichen Stellen behaftet, so ist sie nicht beweisfähig,*) und wenn der Gläubiger nicht auf andere Weise die behauptete Forderung erproben kann, so muß der Beklagte entweder zum Reinigungseid gelassen oder gänzlich absolvirt werden. Z. B. durch Radiren und Ueberziehen wurde in einem Schuldbrief die Summe von 100 Thlrn. in 150 Thlr. verwandelt, die Schuldnerin behauptete, sich nur auf 100 Thlr. obligirt zu haben, und machte die vorgegangene Verfälschung wahrscheinlich. Die Entscheidung ging dahin, daß sie zum Eid zugelassen wurde, denn gegen eine mit einer Rasur behaftete Schuldurkunde müsse der Product der Recognition seiner Handschrift ungeachtet zur eidlichen Diffession des Inhalts gelassen werden, Schmidt hinterl. Abhandl. Bd. I. S. 229. Richtiger ist es wohl, bei einem mit dem Verdacht der Fälschung behafteten Document nach Umständen entweder den Erfüllungs-, oder Reinigungseid eintreten zu lassen, v. Gönner Handb. d. Proc. Bd. II. S. 377. no. 46. §. 12. d. 1. Ausg. So wurde auch in Ansehung eines zwar der Unterschrift nach

---

*) Ist in der Urkunde die Beidruckung eines Siegels erwähnt, so kann dieselbe nach der Meinung Mehrerer nicht unterbleiben, ohne der Vollgiltigkeit des Documents zu schaden, Berger de proc. executivo §. 20., v. Kreittmayr Anmerk. zum Cod. judic. Bavar. S. 391., und umgekehrt genügt das Siegel nicht ohne Unterschrift. — Der Satz, daß von demjenigen, welcher eine Urkunde unterschreibt, anzunehmen ist, daß er den Inhalt genehmige, l. 8. §. 15. D. 20. 6., leidet bei Analphabeten, oder auch solchen, welche zwar ihren Namen schreiben, aber Geschriebenes nicht lesen können, eine Ausnahme. Da ist, sowie wenn der Aussteller nur seinen Namensstempel mit Druckerschwärze aufgedrückt hat, Zuziehung von Zeugen der geschehenen Vorlesung und Unterfertigung nöthig; Glück Thl. XXII. §. 1165., Claproth Jurispr. heurem. §. 48.

ächten, aber im Betreff der Summe, des Datums und der Verfallzeit auf eine nicht unmittelbar sichtliche, aber durch andere Mittel bewiesene Weise verfälschten Wechsels, obgleich derselbe schon in die dritte Hand gekommen war, die darin ausgedrückte Verbindlichkeit als nichtig erkannt, s. ein in Kritz Samml. v. Rechtsfällen Bd. II. S. 275. angeführtes appellationsgerichtliches Erkenntniß.

Ist der Schuldschein durchstrichen, so muß der Kläger auf andere Weise den Fortbestand der Schuld vollständig beweisen, und dieser Beweis muß ihm selbst dann nachgelassen werden, wenn das durchstrichene Schulddocument sich in dem Besitz des Schuldners befindet; l. 24. D. 22. 3., Glück Thl. XXI. §. 1145. S. 371.*)

b) Der Betrug ist nicht an der Urkunde selbst verübt, sondern in dem Geschäft, welches durch dieselbe bewiesen werden soll, vorgefallen, so daß die Urkunde eine Handlung aussagt, welche gar nicht vor sich gegangen ist. Z. B. A. gibt, während er an einer Augenkrankheit leidet, dem B. den Auftrag, eine Vollmacht niederzuschreiben, B. aber schreibt, statt einer Vollmacht, sich ein Schuldbekenntniß des A. zu, welches dieser, ohne es zu lesen, unterschreibt. Hier muß zwar der Urkunde die volle Beweisfähigkeit eines schriftlichen Bekenntnisses beigelegt werden, jedoch die Einrede, daß dieses Geständniß der causa debendi durch Betrug erzeugt sey, bleibt dem A. zu beweisen unbenommen, l. 18. C. 4. 19., zu welchem Ende er sich auch der Eideszuschiebung bedienen kann; Leyser Sp. 278. med. 7.**) — Wie aber, wenn inzwischen B. diesen Schuldbrief an C. verhandelt hätte, kann nun A. auch gegen C. mit seiner durch den Betrug zu fundirenden Exception oder Widerklage auftreten? Nach unseren oben im allgem. Theil Kap. III. §. 223. zu Fr. 2. aufgestellten Ansichten könnte er es, obwohl nicht alle Rechtsgelehrte damit einverstanden seyn mögen, welchen wenigstens im Wechselgeschäft die Praxis zur Seite stehen dürfte, Kritz a. a. O. S. 283. Bei diesem waltet

*) Ueber vermuthete Zahlung oder Erlassung der Schuld, s. oben im allgem. Theil Kap. IV. §. 227. Fr. 12—15.

**) Glück Thl. XXII. S. 52. Zwar nicht, wie Leyser annimmt, gegen die Wahrheit der Urkunde, aber wohl zum indirecten Gegenbeweis der untergelaufenen betrüglichen Handlungen; Gönner a. a. O., v. Hartitzsch Entscheid. no. 415.

aber auch ein ganz besonderes Verhältniß ob. Das Daseyn einer Wechselverbindlichkeit fällt nämlich mit dem des Wechseldocuments in Eins zusammen, letzteres dient nicht wie andere Urkunden jener blos zum Beweis, sondern es wäre ohne das sie beweisende Document die Verbindlichkeit selbst gar nicht vorhanden, und jenes ist vielmehr der unmittelbare Träger der Verbindlichkeit. Bei Wechseln findet auch die Eigenthümlichkeit statt, daß die causa debendi eines Nachweises nicht bedarf. Der Indossatar hat sich daher um die Existenz der Valuta nicht weiter zu bekümmern, und indem das Wechselgeschäft keine andere Bedeutung hat, als Gewähr dafür zu leisten, daß zu gesetzter Zeit eine gewisse Zahlung erfolgen werde, entweder von einem Dritten, und nur subsidiarisch vom Aussteller, oder zunächst und allein von Letzterem (Treitschke Handb. des Wechselr. §. 83.): so kann gewiß Niemand, der überhaupt fähig ist, sich zu obligiren, sich seiner Gewährsverbindlichkeit deswegen entschlagen, weil er sie unvorsichtig eingegangen hat.

Zu 7) Der Producent hat in diesem Fall*) zwei Vermuthungen für sich, nämlich diejenige, welche überhaupt für die Aechtheit einer Urkunde angenommen werden muß, l. 18. C. 4. 19. — l. 7. C. 4. 34. — c. 9. X. de probat. (2. 19.) c. 6. X. de donat. (3. 24.) und diejenige, welche durch einstimmiges Gutachten der Sachverständigen bewirkt wird. Wenn nun gegen letzteres keine erheblichen Zweifel und Anstände obwalten, so wird man in der Regel dem Erfüllungseid Raum geben dürfen; v. Gönner Handb. d. Proc. Bd. II. S. 483. der 1sten Ausg., Gensler im civilist. Archiv Bd. II. no. 32. S. 332., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 4462., Grolmann Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 89., Mittermaier in Linde's Zeitschr. Bd. III. S. 174. a. E., Berger Oecon. jur. lib. IV. tit. 24. §. 14. pag. 1074. und besonders dann, wenn noch andere Vermuthungen hinzukommen. Hingegen bei Unzuverlässigkeit und Mangelhaftigkeit des Resultats der Schriftenvergleichung, und besonders

*) Ueber die Grundsätze der Schriftenvergleichung s. Goldschmidt Abhandl. aus dem gem. deutsch. Civilproceß S. 101. — Was zur Giltigkeit einer Expertise gehört, und wann eine neue gefordert werden kann, v. Hohnhorst Jahrb. d. Großh. Bad. Oberhofger. zu Mannheim Bd. II. S. 40 u. 384. Bd. III. S. 244. Bd. VI. S. 289. — Im Königreich Sachsen ist die Vergleichung der Handschriften, um der Diffession vorzubeugen, abgeschafft; Weiske Handb. d. Civilproc. §. 337.

wenn die Schriftverständigen in wesentlichen Punkten von einander abweichen,*) kann wohl nur dem Producten der Reinigungseid überlassen werden; Goez rechtl. Entscheid. d. Altdorf. Juristenf. S. 33 rc., Schaumburg Princ. prax. Lib. I. Sect. I. Membr. III. §. 26., Struben rechtl. Bed. Bd. III. S. 180. Die Fassung der Eidesformel erfordert aber, wenngleich dieser Eid fast ganz auf den auch nach gänzlich mißlungenem Beweis durch Schriftenvergleichung noch erforderlichen Diffessionseid hinausläuft, doch eine besondere Vorsicht. Da nämlich auch der Fall möglich ist, daß eine wirkliche Unterschrift betrüglich benutzt worden ist, um eine obligatorische Scriptur darüber zu setzen, so mag der Eid nicht blos dahin gerichtet werden, daß Product die Namensunterschrift weder selbst geschrieben, noch durch einen Andern habe schreiben lassen, sondern auch insbesondere dahin, daß er seinen Namen unter diesen schriftlichen Aufsatz weder selbst geschrieben, noch durch einen Andern habe darunter schreiben lassen; Goez a. a. O. S. 38. §. 14.

Zu 8) Diese Frage scheint zwar nicht leicht praktisches Interesse zu haben, weil gewöhnlich in Proceßverhandlungen von selbst für die Parteien eine Nothwendigkeit entsteht, ihre Namensunterschrift gerichtlich zu vollziehen, oder anzuerkennen, z. B. bei Vollmachtsertheilungen, protocollarischen Verhandlungen u. dergl.; insofern aber doch darüber eine Streitfrage erhoben worden ist, indem Mittermaier in Linde's Zeitschr. Bd. III. S. 168. dem Richter diese Befugniß abspricht, hingegen Schweikart ebendas. Bd. IV. S. 331. sie dem Richter vindicirt, scheint es keineswegs überflüssig, die Gründe für die eine und andere Behauptung in Betrachtung zu ziehen. — Daß Niemand von dem Andern fordern könne, etwas zu thun, wozu er eine Verbindlichkeit nicht übernommen hat, kann die verneinende Meinung wohl nicht hinlänglich begründen, weil es nicht darauf ankommt, ob der Probat dem Probanten zu einem Handeln verbunden sey, sondern ob, quia probatio fit judici non partibus, Amt und Pflicht des Richters in Anordnung der Erforschungsmittel der Wahrheit so weit geht, dieses Handeln fordern zu können, ob also die Partei dem Richter zu die-

*) Danz Handb. d. ordentl. Proc. §. 338. meint, in diesem Fall habe der Richter dasjenige Gutachten, welches mit den stärksten Gründen unterstützt ist, seiner Entscheidung zum Grunde zu legen, und sodann auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid zu erkennen, allein wo nicht besondere Proceßordnungen dem Richter gestatten, selbst in die Stelle der Experten einzutreten, wird er blos deren Urtheil aufzufassen haben, und darin nichts als eine unvollständige Vermuthung erkennen können.

sem Handeln verbunden sey? — In den gesetzlichen Bestimmungen über die comparatio literarum l. 20. C. 4. 21. — Nov. 49. c. 2. — Nov. 73. ist davon durchaus keine Spur, sondern nur die stillschweigende Voraussetzung zu entnehmen, daß die Partei, welche die Schriftenvergleichung begehrt, auch die Vergleichungsmittel beizubringen habe, durch welche die Möglichkeit des gerichtlichen Acts bedingt ist. Erinnert man sich, wie die in den römischen Gesetzen waltende ängstliche Scheu vor jedem Angriff der persönlichen Freiheit so weit ging, daß ein unmittelbarer Zwang zu einem facere selbst gegen einen wirklich dazu Verpflichteten nicht stattfand, sondern eine pecuniaria condemnatio an die Stelle treten mußte (l. 13. §. 1. D. 42. 1. Sintenis in Linde's Zeitschr. Bd. XI. S. 20.), so sollte man Bedenken tragen, von einem solchen Zwang eine Spur im römischen Recht auch nur suchen zu wollen. Aus Nov. 73. cap. 1. ersieht man nun zwar doch, daß selbst römische Richter in einem Fall der Schriftenvergleichung sich einen solchen Zwang erlaubt haben, doch drückt sich Justinian darüber nicht eben billigend aus. Die rücksichtlich der Urkundenedition geltenden Grundsätze, wonach der Beklagte dazu dem Kläger in der Regel nicht, sondern nur in besonderen Ausnahmsfällen verbunden seyn soll, scheinen auch hinsichtlich der vorliegenden Frage nur nothwendig zu dem Grundsatze hinzuleiten, daß der Richter dem Beklagten nicht auflegen könne, selbst dem Kläger Beweismittel und andere Streitbehelfe zu überliefern. Nach der Verhandlungsmaxime unseres gemeinen Processes scheint es nicht in des Richters Amt zu liegen, die Beweismittel für eine der streitenden Parteien herbeizuschaffen, was doch durch zwangsweise Erhebung einer Handschrift geschehen würde, was aber seines Amts nicht ist, hat der Richter wohl zu unterlassen. Daraus, daß der Richter nach l. 2. C. 2. 1. auch unaufgefordert gerichtliche Acten, welche ihm bekannt sind, und welche Aufschluß über die ihm vorliegende Streitsache geben können, adhibiren darf und soll, läßt sich auch noch kein Schluß auf eine offenbar viel weiter gehende Gewalt ziehen.

Gleichwohl ist Schweikart a. a. O. bemüht gewesen, nicht nur durch Hinweisung auf particuläre Verordnungen, z. B. die Hannöverische Untergerichtsordn. v. J. 1827. §. 85., ferner ein in Menoch de arbitr. judicum quaest. Lib. II. cas. 114. no. 12. angeführtes Statut von Ferrara und die, obwohl wegen der ihr eigenthümlichen Untersuchungsmaxime ungeeignet herbeigezogene Preuß. allgem. Ger.-Ordn. Thl. I. Tit. 10. §. 151., sondern auch aus vielen Schriftstellern des 16ten und 17ten Jahrhunderts, namentlich Menoch,

Fr. Vivius, Mascard, Pacian, Nic. Everard, Passarini, Rutger Rulant, Berlich und Brunnemann, welchen im 18ten Jahrhundert Stryck de cautel. juram. P. III. Sect. 3. cap. 5. no. 234., Reifenstuel jus canon. Lib. II. tit. 22. no. 165., Wahl de recognit. instrumentorum §. 32. Götting. 1750. folgten, eine communis opinio dafür nachzuweisen.*)

Zu 9) Nach Justinian's Bestimmung in Nov. 90. c. 2. scheint es, daß sowohl der Beweis der Contrahirung als der Rückzahlung einer Geldschuld, wenn er durch Zeugen geführt werden will, 5 classische Zeugen, welche absichtlich des Beweises wegen beigezogen wurden, erfordere, ob aber diesen von mehreren Rechtsgelehrten noch (gleich den ähnlichen Formvorschriften in l. 17. C. 4. 2. — l. 20. C. 4. 21. Nov. 73. c. 1. 2. 8. u. Nov. 117.) als geltendes Recht angeführten Bestimmungen (Martin Lehrb. d. Proc. §. 203. Anm. h., Linde Lehrb. d. Proc. §. 261. Anm. 11. u. in s. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. I. S. 242., Glück Thl. XXII. §. 1185 b. S. 219.) nicht, wie Andere dafür halten, durch den Gebrauch derogirt sey (Brunnemann Comm. ad l. ult. et Auth. C. si certum petatur, Perez Comm. ad Cod. h. t. no. 32., Stryck Us. mod. Pand. Lib. 22. tit. 5. §. 15., Gesterding im civ. Archiv IV. 4. u. Arndts Pand. §. 262. Anm. 1.), darüber kann wohl nur der Gerichtsbrauch vermöge mehrerer gleichförmig in contradictorio abgeurtheilter Fälle entscheiden. Unzweifelhaft findet gegen den leugnenden Schuldner Eideszuschiebung statt; Linde a. a. O.; vergl. übrigens oben im allgem. Theil Kap. IV. §. 227. Fr. 12. — Auch durch Vermuthungen kann der Beweis des Darlehns geführt werden, z. B. durch vieljährige gleichförmige Zinszahlung l. 6. D. de usur. (22. 1.), worunter gewöhnlich ein 10jähriger Zeitraum verstanden wird; Leyser Sp. 243. med. 7., Mevii Dec. P. II. dec. 318., Hommel Rhaps. Vol. I. pag. 404. In Folge einer 17jährigen Zinszahlung hat die Schuld selbst für richtig und liquid angenommen (Claproth Vorträge u. Entscheid. ꝛc. Bd. II. S. 916. Für Darlehen von Juden an Christen gilt die besondere Vorschrift, daß sie gerichtlich aufgenommen werden sollen; R.-A. v. J. 1551. §. 79.

Zu 10) Nach dem heutigen gemeinen Civilrecht kann aus jedem

*) Hoffmann deutsche Reichspraxis Thl. I. §. 631. sagt jedoch nur: verschiedene Rechtsgelehrte seyen dieser Meinung, und dagegen vielmehr haben sich bewährte Proceßrechtslehrer ausgesprochen; Martin Lehrb. d. g. Proc. §. 39. Anm. c. §. 214. Anm. m., Linde Lehrb. d. Proc. §. 118., Biener Systema Proc. §. 76.

acceptirten Zahlungsversprechen auf Erfüllung geklagt werden. Zur Klagbegründung ist daher auch eine s. g. cautio indiscreta*) geeignet, und der Beklagte kann folglich die Erklärung über die Urkunde nicht verweigern, nur muß in der Klage der Grund der Schuld angegeben seyn, l. 14. §. 2. D. 44. 2. — c. 3. X. de libelli oblatione (2. 3.) c. 14. X. de fide instrum. (2. 22., v. Hartitzsch Entscheid. no. 368., aber kein Gesetz erklärt eine Urkunde, worin die causa debendi nicht ausgedrückt ist, für irrecognoscibel; Glück Thl. XXII. S. 57., Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV. S. 305. Wenn nun aber der Beklagte einwendet, die Verschreibung sey ohne das Daseyn einer Schuld (indebite) ausgestellt worden, so muß der Kläger nachholend den besonderen Forderungsgrund rechtfertigen und beweisen, l. 25. §. 4. D. 22. 3. — cf. l. 13. C. 4. 30.; für den Executivproceß ist daher eine solche Schuldverschreibung, welche eine causa debendi nicht erkennen läßt, mit Recht fast allgemein für ungeeignet erkannt;**)

*) Wenn nämlich der Entstehungsgrund nicht wenigstens implicite angezeigt, oder durch solche Worte, welche keine andere Auslegung zulassen, angedeutet ist. Z. B. das Bekenntniß schuldig zu seyn, mit dem Versprechen, binnen gewisser Zeit abzahlen und inzwischen verzinsen zu wollen, welches Manche für genügend erachten, Thibaut System §. 1176. (Ed. 6.), Voet Comm. Lib. 22. tit. 4. §. 17., Erk. d. Civilsenats in Tübingen in Hufnagel's Mittheilungen N. F. H. 2. S. 126. läßt nicht die causa debendi bestimmt erkennen, welche ebensowohl aus einem depositum irregulare, einem Kauf auf Credit, oder einer Societät, als aus einem Darlehn entsprungen seyn kann. Dagegen ein Bekenntniß, die Summe baar erhalten zu haben, mit dem Versprechen dankbar wieder zu bezahlen und inzwischen zu verzinsen, läßt causam mutui genugsam erkennen; Danz Grundſ. d. summar. Proc. §. 32. Anm. c., Bayer Theorie der summar. Proc. §. 43., Kori Executivproc. §. 14. Daß die Zeit der Rückzahlung nicht bestimmt ist, schadet nicht, da hierüber in Ermangelung einer Convention das Gesetz entscheidet, l. 14. D. 50. 17. — l. 41. §. 1. D. 45. 1. — l. 105. D. 46. 3. und steht daher nach der richtigeren Ansicht selbst dem Executivproceß nicht im Wege, Seuffert civilist. Erörter. no. 2. §. 1., Glück Bl. für Rechtsanw. Bd. III. S. 22., v. Hellfeld interessante rechtl. Entsch. no. 12., obwohl anderer Meinung sind Danz Grundſ. d. summar. Proc. S. 55., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erört. Bd. II. S. 333.

**) Das Gegentheil bestimmt zwar nach den Grundsätzen des Sächsischen Processes der Anhang z. Erl. Proc.-Ordn. §. 5.; wenn man dieses aber auch auf dem Boden des gem. Proc. behaupten hört, Heise u. Cropp jurist. Abhandl. Bd. I. S. 357., so muß bestimmt widersprochen werden. Die Verfasser müssen ja selbst einräumen, daß durch das bloße Vorschützen der exc. indebiti die Executivklage elidirt und dadurch das ordentliche Verfahren herbeigeführt werden würde. Auch der von ihnen angeführte Claproth Einl. in sämmt-

Glück a. a. O. S. 57. Zu einer unrichtigen Ansicht führt es aber, wenn Manche, z. B. Mühlenbruch Pand. Bd. I. §. 148. und v. Hartitzsch a. a. O., sagen: Schuldscheine ohne Anführung der causa debendi ermangeln der Beweiskraft. Von der Wirksamkeit der Urkunde als Beweismittel ist ja hier gar nicht die Rede, sondern von der civilrechtlichen Wirksamkeit der darin enthaltenen schriftlichen Willenserklärung. Die Thatsache des Zahlungsversprechens ist durch die cautio indiscreta allerdings vollständig bewiesen; aber diese Thatsache ist, wenn der Beklagte die vorbemerkte Einwendung erhebt, civilrechtlich nicht hinreichend, den Erfolg der Klage zu begründen; Leyser Sp. 132. med. 2., v. Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. II. S. 37., Seuffert u. Glück a. a. O. [Vergl. dazu Kuntze in d. Heidelb. krit. Zeitschr. V. S. 417., Witte Bereicherungsklagen S. 249 ff., v. Kräwel in Busch's Arch. f. Hand.-R. I. S. 340 ff., Ladenburg i. Arch. f. Wechselr. u. Handelsr. XIII. S. 2., Seuffert's Archiv VIII. No. 168.]

Zu 11) Dem Schuldner kann, auch wenn er sich nicht, sondern nur der Gläubiger sich die Aufkündigung binnen einer gewissen Zeit vorbehalten hätte, die Freiheit, das Capital loszukündigen, nicht versagt werden, und wenn sich dann beide Theile über die Kündigungsfrist nicht gütlich einverstehen würden, so wäre es dem billigen Ermessen des Richters überlassen, die Zeit so zu bestimmen, wie es dem Gläubiger nöthig ist, um das Geld anderweit sich auf Zinsen unterzubringen; Glück Thl. XII. S. 95., Schmidt hinterl. Abhandl. ꝛc. Bd. II. S. 138. In der Regel gilt aber die Stipulation einer Kündigungszeit für beide Theile, und wird vorzugsweise im Interesse des Schuldners festgesetzt zu seyn vermuthet, damit dieser nicht durch eine plötzliche Zurückforderung in Verlegenheit gerathen könne; Hofacker Princ. jur. Rom. T. III. §. 4113., Stryck Us. mod. Lib. 46. tit. 3. §. 14., Glück a. a. O.

Zu 12) Es ist sehr willkürlich und daher unzulässig, hier mit Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 17. Anm. a. unterscheiden zu wollen, ob der Darleiher das Gegebene ohnedies verkaufen oder

---

liche summar. Processe §. 161. u. 169. (Ed. 3.) erklärt keineswegs eine solche Urkunde für hinlänglich, um im Executivproceß zu klagen. Gegen einen Schuldschein, welcher die Worte enthält: „Werth in Rechnung erhalten," kann der Mangel einer causa debendi nicht eingewendet werden, denn die Abrechnung ist allerdings ein Rechtsgeschäft, durch welches eine wirkliche Schuld constatirt wird; Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. VIII. S. 92., Bähr d. Anerkennung S. 156. 181 ff., 216 ff.

blos dem Geldbedürftigen gefällig seyn wollte, so daß nur im zweiten Falle die Sache auf Gefahr des Letzteren gehe, im ersten Falle aber, wenn die Sachen, bevor er sie verkauft hat, zu Grunde gehen, der Verlust den Darleiher treffe. Man kann nicht willkürlich ein Commissionsgeschäft suggeriren, wo re vera ein mutuum beabsichtet und vollzogen ist; Walch controv. j. c. pag. 499. §. 2. Die von Unterholzner allegirte l. 14. pr. D. 12. 1. paßt hierher gar nicht, und die l. 4. pr. D. 12. 1. steht seiner Meinung geradezu entgegen, indem sie vielmehr die Regel des §. 2. J. 3. 14., daß das Gegebene auf Gefahr des Empfängers gehe, auch für diesen Fall bestätigt.

Zu 13) Der Beklagte müßte den Beweis eines von ihm zu behauptenden Rechtstitels führen, weil er ohne solchen Nachweis gegen die Rechtsregel: quod nemo cum damno alterius lucupletior fieri debet verstoßen würde und Schenkungen nicht vermuthet werden; v. Hartitzsch Entscheid. no. 106., Kind Qu. for. T. IV. cap. 66. pag. 338.

Zu 14) Wenn durch einen Unglücksfall der Schuldschein verloren oder zu Grunde gegangen ist, so muß dessen Inhalt auf andere Weise und daneben der Unglücksfall, dessen Causalverhältniß zum behaupteten Verlust unzweifelhaft erhellen muß, bewiesen werden; jedoch wird, was den Inhalt der Urkunde betrifft, der Kläger auch bei unvollständigem Beweis leichter zum Ergänzungseid gelassen, wenn den übrigen Postulaten genügt ist; Leyser Sp. 282. med. 1—9., Stryck D. de instrumentis amissis. cap. 3. u. 10. Ist er ihm durch List oder Gewalt des Schuldners entrissen worden, so braucht er blos diese Thatsache zu beweisen, und muß dann zum Würderungseid gelassen werden; l. 20. C. 4. 19. — l. 5. §. 3. D. 12. 3., Brunnemann ad leg. 1. C. de fide instr., Berger Oecon. jur. Lib. IV. tit. 24. th. 7. no. 6., Hommel Rhaps. Vol. V. obs. 622. Haben ihm feindliche Soldaten den Schuldschein abgenommen und den Betrag vom Schuldner erzwungen, so bleibt dieser doch immer noch dem eigentlichen Gläubiger verhaftet; l. 12. C. 8. 43. — l. 55. D. 12. 6., Lauterbach Coll. th. pr. Lib. 46. tit. 3. §. 16. Aehnliche Fälle behandelt das J. P. O. Art. IV. §. 46. u. 47., Emminghaus Corp. jur. German. S. 447.

§. 264.

2. Exceptio non numeratae pecuniae.*)

Inst. III. 21. de literarum obligatione. Cod. IV. 30. de non numerata pecunia. Nov. 100. C. Th. II. 27., vergl. oben im allgem. Theil Kap. IV. §. 227. zu Fr. 11. u. 12.

1) Findet diese nicht nur dem Schuldner selbst, sondern auch seinen Rechtsnachfolgern und accessorisch Verpflichteten, l. 8. 12. 14. C. 4. 30., und im Concurs auch seinen Gläubigern, l. 15. C. 4. 30., obwohl ohne Präjudiz für den Schuldner und dessen Bürgen (falls nämlich der excipirende Contradictor den Proceß verlöre), nicht aber einem expromissor, l. 6. l. 12. C. 4. 30., zuständige Einrede auch gegen die über eine aus einem vorhergegangenen Rechtsgrunde (ex antecedente causa) herrührende Schuld ausgestellte Verschreibung statt?

2) Muß der Schuldner, welcher erst nach Ablauf des als tempus continuum zu berechnenden biennii diese Einrede entgegengesetzt, ohne einen Restitutionsgrund nach l. 5. l. 14. pr. C. 4. 30. — Nov. 100. zu haben, und ohne wenigstens eine schriftliche Erklärung, daß er das vorläufig Bescheinigte noch nicht erhalten habe, noch intra biennium an den Inhaber des Schuldbekenntnisses erlassen, oder dem Gläubiger eine gerichtliche oder außergerichtliche Protestation insinuirt zu haben, l. 8. l. 14. §. 4. C. 4. 30. — Nov. 100., nicht wenigstens dann mit dieser Einrede gehört werden, wenn er den Beweis übernehmen will, und kann er desfalls auch die Eideszuschiebung als Beweismittel gebrauchen?

3) Findet die exc. n. n. pec. blos gegen Schuldverschreibungen**) über ein Darlehn, oder auch als exc. non datae rei gegen Empfangsbescheinigungen bei anderen auf ein dare sich gründenden Obligationen statt?

---

*) Vergl. E. G. Schmidt th. pr. Comm. üb. seines Vaters Lehrb. v. Klagen u. Einreden Bd. IV. S. 9., Köchy Meditt. Bd. I. S. 151., Gett pr. Erörter. no. 21. u. 22., vorzüglich aber Gneist die formellen Verträge. Berlin 1845. und die darin vollständig gesammelte Literatur.

**) Nicht gegen Wechsel, weder gegen eigene noch gezogene; J. R.-A. §. 207., Project d. R.-A. v. J. 1671. §. 5., v. Martens Handelsr. §. 137., Glück Thl. XII. S. 163.

4) Auch gegen Urkunden, welche mit der Eidesclausel versehen sind, oder
5) worin auf diese Einrede eidlich verzichtet ist?*)
6) Findet diese Einrede auch im Executivproceß mit gleicher Wirkung statt? und findet ihre Hauptwirkung, dem Kläger den Beweis der Numeration zu überbürden, auch gegen gerichtliche Urkunden statt?

Zu 1) Wenn die Entstehung der Schuld aus einer bestimmten Vergangenheit geschöpft ist, so kann die Frage über Numeration nicht mehr aufgeworfen werden, sondern etwa nur dieses in Frage kommen, ob die vorhergehende Schuld Rechtsbestand habe oder nicht, l. 5. C. 4. 30., deren Vorhandenseyn durch die neue Urkunde bewiesen wird; l. 26. §. 2. D. 16. 3. — l. 31. D. 22. 3. Ist nun in dieser Urkunde die vorausgegangene causa debendi, wenn auch nicht specialissime, doch deutlich genug ausgesprochen (l. 47. §. 1. D. 2. 14., Heise u. Cropp jurist. Abhandl. Bd. I. §. 22. S. 363.), so liefert sie vollen Beweis, und der Product kann dagegen nur mit einem urkundlichen Beweis einer Simulation oder eines indebiti gehört werden, aber kann unmöglich erst noch einen Beweis darüber vom Producenten verlangen, daß die von ihm schon zugestandene causa debendi wirklich ihre Richtigkeit habe; l. 13. C. 4. 30. Dahingegen kann er diesen Beweis allerdings dann verlangen, wenn eine causa debendi in der Urkunde nicht dargelegt ist (cautio indiscreta), l. 25. §. 4. D. 22. 3.; dieses ist aber etwas Anderes, als die exc. n. n. pec.

*) Daß der in den Schuldbriefen gewöhnlich vorkommende einfache Verzicht nichts wirke, ist bekannt. Es wird nämlich angenommen, daß er eben auch wie das Schuldbekenntniß nur in der Voraussetzung der noch erfolgenden Numeration erklärt worden sey. Daher kann die exc. auch nicht immer durch eine confessio geminata ausgeschlossen werden, nämlich nicht durch eine gleichzeitige, sondern nur durch eine später erfolgte; daß aber dem wiederholten Bekenntniß, wie Meurer jurist. Abhandl. I. S. 44. will, gar keine Wirksamkeit zuzugestehen sey, dagegen ist die Praxis durchaus entschieden, obwohl Heimbach Lehre vom Creditum S. 691. mit Beziehung auf die älteren Interpreten die der confessio geminata zugeschriebene Wirksamkeit nur auf die exc. n. n. dotis zu beschränken scheint. Zur thätlichen Entsagung, welche die exc. n. n. pec. ausschließt, ist die Verzinsung der Schuld, nicht immer aber Partialzahlung zu rechnen, da diese, auch ohne den ganzen Inhalt der Verschreibung anzuerkennen, denkbar ist. Beides muß also vereinigt seyn: quum fidem cautionis tuae *agnoscens*, *etiam* solutionem portionis debiti vel usurarum feceris; l. 4. C. 4. 30., Gneist a. a. O. S. 52., Donell. Comm. Cod. T. VIII. pag. 225., vergl. Glück Thl. XII. S. 152.

Heise u. Cropp a. a. O. §. 15. u. 16. S. 349. [s. oben §. 263. zu Fr. 10.] — Es ist zwar viel darüber gestritten worden, ob, wie Thibaut in den älteren Ausgaben seines Systems §. 1180. behauptete, die exc. n. n. pec. nur dann statthabe, wenn das Bekenntniß dahin lautet: „auf die Handschrift, das Geld empfangen zu haben,“ dagegen hinwegfalle, wenn der Schuldner bekennt, das Geld vorher empfangen zu haben; es ist aber wohl klar, daß, wenn der Schuldner die numeratio pecuniae in eine unbestimmt vergangene Zeit setzt, er eben voraussetzt, daß, bis der Darleiher die Urkunde erhält, die Auszahlung schon in die vergangene Zeit fallen werde, daher hier die exc. n. n. pec. unbedenklich zuzulassen, und nur dann zu verwerfen ist, wenn der Schuldbekenner das factum der Numeration in eine bestimmt vergangene Zeit setzt, oder ein früher bereits abgeschlossenes Geschäft als den Entstehungsgrund der Schuld bezeichnet; Glück Thl. XII. §. 786., Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. II. S. 157. und die dort cit. Schriftsteller, Waldeck Controversen-Entscheid. Bd. I. S. 178., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 92. und im civilist. Archiv Bd. VII. S. 11. Die exc. n. n. pec. hat übrigens die Eigenschaft der Perpetuität. Z. B. A. klagte gegen B. aus einer noch nicht 2 Jahre alten Schuldurkunde, und wurde auf den Grund der erhobenen exc. n. n. pec. angebrachtermaßen abgewiesen. A. läßt nun das biennium ablaufen und klagt dann auf's Neue im Executivproceß. Dies hilft ihm nichts, denn die einmal entgegengesetzte Einrede ist perpetuirt; l. 8. C. 4. 30. — l. 14. §. 4. eod., Unterholzner im civilist. Archiv Bd. VII. S. 72., Göschen Vorles. Bd. III. S. 295., Gönner jurist. Abhandl. Bd. I. S. 66. 72 ꝛc., Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XXI. S. 296.

Zu 2) Die meisten Romanisten glauben nicht zugestehen zu dürfen, daß der Beklagte nach Ablauf des biennii noch mit der exc. n. n. pec. zu hören und zu deren Beweis noch zuzulassen sey. Zu deutlich spricht hier §. un. J. 3. 21. (22.) — l. 14. pr. C. 4. 30., ut eo elapso *nullo modo* querela non num. pec. introduci possit, und l. 8. C. 4. 30. — l. ult. C. 4. 9., sin vero legitimum tempus excessit, in querimoniam creditore minime deducto, *omnimodo* heres ejus, etiam si pupillus sit, debitum solvere compellitur. Hierzu kommt, daß Justinian, s. J. 3. 21., nach Ablauf der 2 Jahre eine literarum obligatio und condictio ex chirographo*) entstehen läßt, und die Ana-

---

*) Dies ist nämlich insofern bedeutsam, als man, wenn die Handschrift blos als Beweismittel in Betracht kommt, wohl nie daran denken möchte, dem

logie der exc. non numeratae dotis vorliegt, welche nach Nov. 100. c. 1. §. 1. nach einem bestimmten Zeitablauf gleichfalls gänzlich ausgeschlossen ist. So lehren u. A. Donell. ad leg. 8. C. de non num. pec., Vinnius sel. Quaest. Lib. I. cap. 41., Reinhardt ad Christinaeum Vol. I. obs. 42., Walch controv. jur. civ. pag. 583. et ibi cit., Hugo civilist. Magazin Bd. I. S. 448., Pfeiffer vermischte Aufsätze S. 176., Mackeldey Lehrb. §. 415., Bethmann-Hollweg Versuche S. 292. Anm. 94., Hommel Rhaps. Vol. I. obs. 250., Wernher Obs. for. P. I. obs. 6., Heise u. Cropp jurist. Abhandl. Bd. I. §. 33. no. 18. Am vollständigsten ist der gänzliche Ausschluß der exc. n. n. pec. nach Ablauf von 2 Jahren in Gneist's gelehrtem Werk: „Die formellen Verträge" (Berlin 1845.) S. 57., 110. u. 233 ff. quellenmäßig erwiesen und gegen die Einwürfe der Gegner gerechtfertigt. So auch in der neuesten Monographie von Heimbach Lehre v. d. Creditum S. 669—681. Gleichwohl findet man, wie auch Gneist a. a. O. erkennt, den Gerichtsbrauch entschieden für den Grundsatz, daß auch elapso biennio der Schuldner mit dem Einwande, die verschriebene Summe nicht erhalten zu haben, noch gehört werden müsse, wofern er nur den Beweis darüber führen will. Dieser Gerichtsbrauch — von welchem jedoch beispielsweise das O.-A.-G. zu Celle geradezu das Gegentheil behauptet, s. Seuffert's Archiv Bd. VII. S. 200. — entsprungen aus einem Billigkeitsgefühl, sucht seine Stütze vorzüglich im canonischen Recht, insbesondere in c. 14. X. de fide instrum. (2. 22.), wo ohne Zeitbeschränkung gesagt ist: confessioni tuae stetur, nisi probaveris, te indebite promisisse, was jedoch nicht nothwendig für eine dem R. R. zuwiderlaufende Ausdehnung der exc. n. n. pec. zu nehmen ist, da die Behauptung eines indebiti etwas Anderes ist, als die exc. n. n. pec. hiernächst auf den im canonischen Recht begründeten Ausschluß einer Verjährung ohne

Producten sogar den Gegenbeweis zu irgend einer Zeit zu entziehen, dagegen wenn man einen Literalcontract annimmt, die Folge davon ist, daß die Schrift nicht blos zum Beweismittel der Verbindlichkeit dient, sondern vielmehr selbst die Verbindlichkeit erzeugt, so daß man dem Schuldner sagen kann, nicht weil du empfangen hast, sondern weil du geschrieben hast, mußt du zahlen! Die nach 2 Jahren eintretende Vollkräftigkeit der literarum obligatio müßte dann die Ausschließung der blos ad tempus dagegen gestatteten Einrede bewirken. Zwar ist der altrömische Literalcontract antiquirt, doch findet man im oben citirten Institutionentitel de literar. oblig. (3. 21.) das Verhältniß diesem ganz dahin gleichgestellt, daß nach Ablauf von 2 Jahren die Scriptur nicht mehr als bloßes Beweismittel, sondern als unmittelbar verbindende Handlung in Betracht komme.

bona fides nach c. 20. X. 2. 26., welche dem offenbar mangelt, welcher etwas zurückfordert, wovon er weiß, daß er es nicht gegeben hat. Dabei scheint indeß nicht genug erwogen zu seyn, ob denn die gesetzliche Begrenzung auf ein biennium wirklich und lediglich aus dem Gesichtspunkte eines Verjährungsgesetzes aufzufassen sey, da doch eigentlich der Sinn dahin geht: Wenn eine Ableugnung des schriftlich Zugestandenen zugelassen werden und das urkundliche Geständniß seiner gesetzlichen Beweiskraft beraubt werden soll, so läßt sich ein Grund dazu nur in der Eigenthümlichkeit des häufig nicht Zug um Zug gehenden Darlehnsgeschäfts, aber auch da nur ein temporär wirksamer Grund denken, kein immerwährender, mithin muß das ordentliche Recht wieder wirksam werden, wenn der Grund zur Ausnahme aufhört. Rationell wäre also zu behaupten, daß nach Ablauf von 2 Jahren dem Schuldner zwar die Einrede des Betrugs, der Simulation, des Zwanges, aber nicht die eigentliche exc. n. n. pec. zuzulassen sey. Auf eine exc. doli geht auch mehr oder minder die Meinung der meisten Anhänger*) des Gerichtsbrauchs hinaus. Da-

*) Schon der Glossator Jacobus (Rogerius dissensiones dominorum no. 11. Ed. Haubold) hatte sich derselben zugewendet. Dafür sind ferner anzuführen: Mevii Dec. P. II. dec. 22., Pufendorf Obs. T. I. obs. 64. §. 3., Leyser Sp. 132. cor. 3., Voet Comm. ad Pand. Lib. 12. tit. 1. §. 31., Stryck Us. mod. Lib. 12. tit. 1. §. 15., Köchy Meditt. Bd. I. S. 151., Kraut D. de argentariis pag. 103., Emminghaus zu Cocceji J. C. Lib. 12. tit. 1. qu. 18. not. 9. u. qu. 29., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 2048., Arends Samml. interessanter Erkenntn. H. II. S. 234., Lehr Erörterung der Frage: ob der Schuldner, der einen Schuldschein ausgestellt hat, ohne das Geld empfangen zu haben, nach Verlauf zweier Jahre noch die Einrede habe, daß ihm das Geld nicht sey aufgezählt worden, Freib. 1788., v. d. Nahmer Entscheid. d. O.-A.-Ger. zu Wiesbaden Thl. II. no. 18., Maier D. de vera exc. n. n. pec. indole §. 21., Pütter auserl. Rechtsf. Bd. III. Thl. 3. Resp. 301. u. 302., Klein merkw. Rechtssprüche der Halle'schen Juristenfacultät Bd. I. S. 65., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 76. u. im civilist. Archiv Bd. VII. S. 49., Puchta Pand. §. 305., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 452. S. 186. (Ed. 4.), wo gegen die abweichende Meinung in der 2. Ausg. angenommen wird: „dem Beklagten bleibt dann (sc. elapso biennio) der Praxis nach und in Uebereinstimmung mit allgemeinen Grundsätzen noch die Einrede der Arglist und jeder indirecte Gegenbeweis." Thibaut Syst., nachdem er sich in §. 1180. der früheren Ausgaben unbedingt für die Zulässigkeit des Beweises des Nichtempfangs und des bösen Glaubens des Producenten erklärt hatte, räumt in §. 588. der 8. Ausg. nur ein, daß die Praxis den Gegenbeweis, wenigstens den Beweis des dolus zu gestatten pflegt. So räumt auch Glück Thl. XII., nachdem er im §. 787. die Unzulässigkeit der exc. n. n. pec. nach röm. Recht, sobald 2 Jahre ver-

gegen kann wohl nicht mit Grund eingewendet werden, daß die exc. doli hier mit der exc. n. n. pec. in Eins zusammenfalle, folglich auch ihr Schicksal theilen müsse, und daß nur die exc. doli specialis nicht generalis eine exc. perpetua sey; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. V. S. 12. Wer ein Vorlehn fordert, welches er nicht gegeben zu haben wohl weiß, begeht ja einen directen dolus (s. specialis); Gajus IV. 116. — l. 1. pr. §. 1. l. 2. pr. §. 3. l. 5. §. 6. D. 44. 4. Auch kann man die exc. n. n. pec. keineswegs für ganz identisch mit der exc. doli ansehen; jene ist nur in dieser enthalten, ist eine Entwickelung der alten doli exceptio, Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 72. Die qu. n. n. pec. ist, ihrem Erfolg nach, gerichtet gegen die Beweiskraft eines Schuldscheins, die doli exc. aber gegen die obligatorische Kraft der Stipulation, mag diese geschrieben seyn oder nicht; Gneist a. a. O. S. 266.

An die bisher erörterte Controverse knüpft sich nun noch eine zweite darüber: ob derjenige, welcher nach 2 Jahren noch behauptet und beweisen will, daß die Auszahlung des Geldes nicht erfolgt sey, sich hierzu der Eidesdelation bedienen könne? Bleibt man bei den wohlbemessenen Vorschriften des R. R. stehen, welche mit Ablauf von 2 Jahren die exc. n. n. pec. gegen das schriftliche Schuldbekenntniß ausschließen, so kann, wie auch in l. 14. §. 3. C. 4. 30. bestimmt ausgesprochen ist, von einem Beweis einer nicht mehr bestehenden Einrede nicht mehr die Rede seyn, und am wenigsten von einer Eideszuschiebung, da die Gesetze überhaupt gegen ein schriftliches Bekenntniß einen Gegenbeweis nur mittels klarer Urkunden oder unverwerflicher Zeugen zulassen; l. 25. §. 4. D. 22. 3. — l. 13. C. 4. 30. — l. 14. C. 8. 38. Wenn aber freilich der Gerichtsbrauch sich der gesetzlichen Begrenzung der Einrede überhebt, und die Frage über Numeration in fortwährendem Schweben hält, dann darf man es ihm auch nicht übel nehmen, daß er consequent auch die Eideszuschiebung darüber zuläßt; Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 254. S. 328 ff. der 2. Ausg., Glück Thl. XII. S. 174., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. I. no. 2., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. V. no. 272., Höpfner Institt. §. 858. Anm. 7., Pufendorf Obs. T. I. obs. 64. §. 8., Cannegieser Decis. Hasso-Cassell. T. II. dec. 248. no. 17., Pütter a. a. O., Leyser Sp. 132. cor. 3., welcher zwar

---

flossen sind, bewiesen hat, im §. 788. dennoch ein, daß dieselbe nach heutigem Recht zuzulassen sey, insofern der Excipient dieselbe beweist. Für Sachsen ist die Streitfrage durch die Kurfürstl. Decision 23. v. J. 1746. entschieden.

nicht für die exc. n. n. pec., aber für die exc. doli die Eidesdelation zuläßt. Man kann dann auch wohl nicht, wie Meurer in seiner Leichenrede auf den jüngeren oder Justinianeischen Literalcontract in d. jurist. Abhandlungen u. Beobachtungen no. 2. u. 3. thut, solchem Gerichtsbrauch den Vorwurf der Unvernunft machen, weil es der gesunden Vernunft zuwider sey, daß derjenige, welcher durch ein schriftliches Geständniß schon vollkommen bewiesen hat, auch noch beweisen soll, daß das Zugestandene wahr sey. Denn wenn man fort und fort einem schriftlichen Schuldbekenntniß keine weitere Bedeutung zugesteht, als daß es unter Voraussetzung noch erfolgender Auszahlung gegeben sey, so kann man nicht von einem Beweis gegen ein Selbstgeständniß sprechen, da ja die Behauptung, daß auf den Schuldschein nichts gegeben worden sey, eine ganz andere ist, als die durch die Urkunde eingestandene Thatsache, daß der Schuldschein im Voraus ausgestellt worden sey; Koch a. a. O.

[Vorstehende Fragen sind jetzt mehr controvers denn je. Arndts Pand. §. 281. sagt: „Der Gegner wird durch die exceptio genöthigt, die Wahrheit des Inhalts des Schuldscheins durch andere Beweismittel zu beweisen... Nach Ablauf der Zeitfrist, wenn solche Anfechtung unterblieben ist, erhält die Urkunde volle Beweiskraft, ohne jedoch den Gegenbeweis, ausgenommen durch Eidesantrag, auszuschließen.“ Arndts beruft sich dafür auf die „bis zur neuesten Zeit unangefochtene Praxis,“ und fügt über die neuere Literatur Folgendes hinzu: „Dagegen hat aber nunmehr Bähr D. Anerkennung S. 291 ff. (dazu s. Arndts in d. krit. Uebersch. IV. S. 36 ff.) den Hauptsatz selbst angefochten, indem er, in dem Schuldschein einen Formalvertrag erkennend, diesem innerhalb der 2jähr. Frist nur die Verpflichtungskraft (causa obligatoria), nicht aber die Beweiskraft abspricht, wogegen Brinz Pand. I. S. 428., obwohl in jener Auffassung mit Bähr übereinstimmend, die gemeine Meinung noch vertheidigt (gegen diesen wieder Bähr i. v. Gerber's Jahrbb. II. S. 346 ff.). Schlesinger Z. Lehre v. d. Formalcontr. S. 180 ff. hingegen, obwohl die Bähr'sche Theorie von der Verpflichtungskraft der Urkunde bestreitend, verwirft doch die gemeine Meinung ebenfalls, indem er zur Anfechtung des Schuldscheins innerhalb der gesetzlichen Frist von Seiten des Ausstellers vor Allem den Beweis erfordert, daß jener vor wirklicher Auszahlung ausgestellt worden sey.“ Vergl. dazu Arndts Pand. §. 262. Anm. 2. v. Keller Pand. §. 298. sagt: „Im heut. gemeinen Recht gilt die exc. non num. pec. während der 2 Jahre wie nach Justin. Recht (d. h. die Urkunde beweist nichts:

exc. privilegiata), später (abweichend vom Justin. Recht, wonach die Beweiskraft der Urkunde absolut seyn sollte) so, daß dem Creditor der Gegenbeweis verstattet wird. So verfährt die Praxis. Muß sie aber nicht vielmehr als obsolet angesehen werden? als auf eine wesentlich verschwundene Sitte gegründet? Ein neueres Erkenntniß des O.-A.-G. zu München spricht sich ganz im Sinne des Verf. aus: „Die Praxis hat sich auf die Seite derjenigen geneigt, welche einem 2 Jahre alten Schuldscheine nur die Kraft eines Beweismittels zugestehen und über den Nichtempfang des Geldes noch einen Gegenbeweis zulassen, wobei dieser Gerichtsgebrauch weniger von einer decidirten Stelle des canonischen Rechts, als vielmehr von dem Billigkeitsgefühl geleitet worden ist." Seuffert's Archiv XVI. No. 107.]

Zu 3) Die l. 14. pr. §. 1. C. 4. 30.*) drückt sich so allgemein aus, daß man geneigt werden möchte, dieselbe Einrede auch bei anderen Realcontracten, als exc. non datae rei, für zulässig zu halten, und nur die in §. 1. leg. cit. und Nov. 136. c. 5. speciell aufgeführten Ausnahmsfälle anzuerkennen; Cujacii recitationes in Lib. I—IX. Cod. in Oper. T. IX. Ed. Neap. 1758., Cocceji J. C. Lib. XII. tit. 1. qu. 23., Unterholzner im civilist. Archiv Bd. VII. S. 19. §. 4., Hansen das. Bd. IV. S. 45., Meurer jurist. Abhandl. Kap. 3. S. 42. no. 2., Koch a. a. O. Bd. III. S. 282., Mackeldey Lehrb. §. 415. Anm. b., Thibaut System §. 1180. der älteren Ausg., Lauterbach Coll. th. pr. Lib. XII. tit. 1. §. 63. u. 74. Allein es ist durchaus nicht nothwendig, die Worte in leg. cit.: „pecuniae vel aliae res", auf andere als Darlehnsverträge zu deuten, da ja auch das Darlehn in Sachen und nicht blos in Geld gegeben werden kann. Da nun auch ältere Gesetzstellen (Gneist a. a. O. S. 299.) die exc. n. n. pec. immer nur auf res creditas (Darlehen) beschränken, so mußte gerechtes Bedenken gegen jede Ausdehnung einer singulären Bestimmung, besonders auf Fälle, für welche ein Bedürfniß derselben nicht leicht eintreten mag, entstehen. Der Gerichtsbrauch wird sich daher meistens, oder, wie Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 73. sagt, wenigstens nicht selten zur beschränkenden Ansicht bestimmen müssen, welche auch in der l. 14. cit. nur das mutuum subintelligiren zu dürfen glaubt, daher die exc. n. n. pec. blos bei Bescheinigungen über den Empfang eines Verbrauchsdarlehns und einer Mitgift statt-

*) In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur — non numeratae pecuniae exceptionem objicere potest, qui accepisse pecunias vel alias res scriptus sit. Ebenso l. ult. C. 4. 30. in talibus nominibus vel aliis cautionibus.

finden läßt; Maier D. de vera exc. n. n. pec. indole §. 17., Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 73., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. (§. 245.) S. 306., Pfeiffer vermischte Aufsätze §. 13., Glück Thl. XII. S. 174., Struben rechtl. Bedenk. Bd. III. Bed. 17., Donell. Comm. in Cod. ad tit. de n. n. pec., Schade D. de exc. n. n. pec. Lips. 1773., v. Hartitzsch Entscheid. no. 284., Gneist a. a. O. S. 31. u. 294. — Gegen Depositenscheine ist die exc. n. n. pec. ausdrücklich ausgeschlossen; l. 14. cit.

Zu 4) Bejahend entscheidet l. ult. C. 4. 30. Da nämlich Verschreibungen und Quittungen, welche in Voraussetzung der erfolgenden numeratio pecuniae ausgestellt werden, nur eine eventuelle Bedeutung haben, so kann die exc. n. n. pec. gegen ein eidliches Zahlungsversprechen keinen Anstoß erregen, gleichwie ein bedingtes Versprechen, auch wenn es eidlich bestärkt worden ist, deshalb doch immer ein bedingtes Versprechen bleibt. Aus diesem Grunde steht hier auch das kirchliche Recht nicht entgegen; Unterholzner im civilist. Archiv Bd. VII. S. 38. no. 7., Ebenders. Schuldverh. Bd. I. S. 74., Cocceji jus controv. Lib. XII. tit. 1. qu. 27., Walch controv. jur. civ. pag. 582.

Zu 5) Glück Thl. XII. S. 155. hält unter vollständiger Anführung der Literatur über diese Streitfrage mit Gebr. Becmann Cons. et Decis. P. I. cons. 38. qu. 3. et 4. pag. 441. no. 14., Walch controv. jur. civ. pag. 587. et ibi cit., Cocceji jus controv. Lib. XII. tit. 1. qu. 30. dafür, daß die vorhin angeführte l. fin. C. 4. 30. non num. pec. exc. locum habere et in talibus nominibus vel foeneratitiis vel aliis cautionibus, *quae etiam sacramenti habent mentionem* zur Verneinung dieser Frage wenigstens dann berechtige, wenn nur ein promissorischer Eid, „die exc. n. n. pec. nicht erheben zu wollen," vorliegt, dagegen der assertorische Eid, „die Auszahlung wirklich erhalten zu haben," allerdings nicht weiter gestatte, das Gegentheil von dem, was man bereits eidlich bekräftigt hat, zu behaupten. Allein es ist gewiß richtiger, mit Unterholzner im civilist. Archiv Bd. VII. S. 48. Anm. 39. zu behaupten, daß in beiden Fällen der Eid binde. Der Grund, aus welchem wir zu Fr. 4. dem eidlichen Zahlungsversprechen nicht mehr Wirkung als dem einfachen beilegten, weil dieses, wie jenes, nur als ein bedingtes gilt, schlägt hier nicht an. Wer eidlich verzichtet, verbindet sich in seinem Gewissen, und wer ein factum als wirklich vorgegangen beschwört, berechtigt dessen Glaubwürdigkeit anzunehmen.

Zu 6) Die Meinungen hierüber sind zwar verschieden, indem Einige diese Einrede ganz aus dem Executivproceß verweisen, wenn der Beklagte sie nicht sogleich erweisen kann; v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. I. §. 3. no 2., Boehmer Doctr. de act. Sect. II. cap. 8. §. 61., Schaumburg Princ. prax. jurid. Lib. II. cap. 2. §. 11., Schilter Prax. jur. Rom. Ex. 22. §. 20., so daß nur im Wege der Reconvention eine querela non num. pec. mit der Wirkung gestattet bliebe, daß nun der nunmehrige Wiederbeklagte den Beweis der Zahlung zu führen habe; Gmelin u. Elsässer gemeinnütz. Beobacht. u. Rechtsf. Bd. II. no. 2., Danz Grunds. d. summar. Proc. §. 32. no. 6., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 2047. Allein die richtigere Ansicht ist doch wohl die, daß es in diesem Falle dem Kläger an der wesentlichen Bedingung des Executivprocesses fehle, wenn seine Urkunde nach den gesetzlichen Bestimmungen nicht beweisfähig für seinen Klaggrund ist, was von einem nicht 2 Jahre alten Schuldbrief unzweifelhaft behauptet werden muß; v. Gönner Handb. d. Proc. Bd. IV. §. 14. no. 72., Martin Lehrb. d. gem. bürgerl. Proc. §. 240., Thibaut Syst. §. 1212. d. älteren Ausg., Glück P.-C. Bd. XII. S. 160., Weber Beitr. Bd. I. no. 9. Die Beweisunfähigkeit eines noch nicht 2 Jahre alten Schuldbekenntnisses tritt zwar nicht schon kraft des Gesetzes, sondern erst vermöge erhobener Einrede ein, l. 1—3. l. 9. C. 4. 30.; wenn sie aber erhoben wird, so muß nothwendig der Beklagte von der Executivklage entbunden werden, wenn der Kläger nicht in termino durch liquide Beweismittel die Numeration darthut; Gett d. Executivproc. §. 19., Ludovici Einl. z. Civilproc. Kap. III. §. 2., Gneist die formellen Vertr. S. 109. „Nicht der Mangel des Bienniums, sondern die wirkliche Einwendung der Einrede des nicht bezahlten Geldes benimmt der Urkunde die Beweiskraft", s. Gönner jurist. Abhandl. Thl. I. S. 59. Die weitere Frage: ob die Hauptwirkung der exc. n. n. pec., daß dadurch der Beweis der Numeration dem Kläger überbürdet wird, auch öffentlichen Urkunden gegenüber zu behaupten sey, glauben wir mit Heimbach a. a. O. S. 689. vermöge der eigenthümlichen Natur solcher Urkunden, welche öffentlichen Glauben genießen und vollen Beweis der Thatsache geben, verneinen zu müssen.

Anhang.

Schuldverschreibungen von Christen an Juden müssen nach dem R.=A. v. J. 1551. §. 79. u. 80. gerichtlich errichtet werden. Nach der Meinung Mehrerer soll, wenn der Schuldner von Rang und Stand ist, ihm die Berufung hierauf nicht zukommen; Kapff merkw. Civilrechtssprüche S. 402., Püttmann Advers. jur. Lib. III. cap. 6. pag. 236. Das Gesetz selbst macht aber keinen Unterschied, weshalb es auch von Anderen verworfen wird; Pütter auserl. Rechtsfälle Resp. 302. no. 30., Selchow Rechtsfälle Bd. III. S. 28., Becmannor. Consil. pag. 364.

Ueber Verjährung in Schuldsachen s. Bd. I. §. 19. S. 200. Die Frage hierüber steht im Zusammenhange mit einer andern: ob auch zur Klagenverjährung bona fides allemal erforderlich sey? Mehrere Schriftsteller behaupten es, indem sie sagen: wer weiß, daß er schuldig ist und nicht bezahlt, ist in mala fide, kann also eine Verjährung nicht geltend machen, Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. no. 13.; allein nach dem a. a. O. entgegengestellten Unterschiede zwischen adquisitiver und extinctiver Verjährung und nach der in Praxi vorherrschenden Ansicht kann derjenige, welcher 30 Jahre lang sein Recht nicht gebraucht, während er an dessen Gebrauch nicht verhindert war, es nicht weiter klagend verfolgen, und man kann auch wohl mit v. Bülow und Hagemann prakt. Erörter. Bd. IV. S. 213. sagen: wenn die längste Verjährungszeit abgelaufen ist, so müßte man doch so lange, als der Kläger nicht beweist, durch Mahnung oder sonst in malam fidem versetzt zu haben, die Klage für elidirt erachten, und bonam fidem auf Seite des Schuldners vermuthen.

Mehrere andere in die vorliegende Materie einschlagende Fragen sind bereits an anderen Orten dieses Werks in Betrachtung gezogen worden. Insbesondere:

ob auch eine noch nicht fällige Forderung unter gewissen Umständen eingeklagt werden könne? s. oben im allgem. Theil Kap. IV. §. 227. zu Fr. 7. von der Verbindlichkeit zur Zahlung;

von dem Falle, da keine Kündigungszeit stipulirt, und die Zeit der Heimzahlung unbestimmt gelassen worden ist, ebendas. Fr. 8. lit. a., worüber jedoch meistens der Ortsgebrauch entscheidet;

wenn versprochen wurde, nach Gelegenheit zu zahlen, a. a. O. Fr. 8 a.;

über den Zahlungsort, Kap. IV. §. 227. zu Fr. 8 b.

inwiefern Deposition den Schuldner liberire, Kap. VI. §. 246.

über Compensation als Tilgungsmittel, Kap. VI. §. 247.;

über das in pfandschaftlichen Schuldverschreibungen öfters vorkommende pactum de ingrediendo, Bd. I. §. 8. Fr. 5.;*)

über Mortification der Obligationen, Bd. II. §. 102. zu Fr. 17.;

daß beim Darlehnsvertrag nicht neben den Zinsen auch eine Conventionalstrafe stipulirt werden könne, oben im allgem. Theil Kap. V. §. 242. lit. β.;

von Zinsen ebend. Kap. II. §. 213.

Ueber pecunia trajectitia oder nauticum foenus, Dig. XXII. 2. Cod. IV. 33. Nov. 106. u. 110., nämlich über den Fall, wo der Darleiher die die Gefahr des Darlehns oder der dafür angeschafften Waaren übernimmt, und sich dafür eine die Höhe der gesetzlichen Zinsen übersteigende Prämie bedingt, s. Glück Thl. XXI. §. 1139., Stryck Us. mod. Pand. Lib. 22. tit. 2. §. 1. — Wo nicht identisch, wie Thöl vom Verkehr mit Staatspapieren S. 257. dafür hält, doch sehr ähnlich mit dem römischen nauticum foenus ist unser Bodmereicontract, d. i. ein Vertrag, bei welchem der Gläubiger gegen Verpfändung des Schiffes oder der Fracht, oder der Ladung desselben, oder der drei Gegenstände zusammen die Seegefahr übernimmt, so daß mit dem Verlust des zum Pfand dienenden Objects auch die Forderung verloren geht, weshalb denn ein höherer Zins stipulirt wird, der zugleich als Prämie erscheint und deshalb nicht als wucherlich betrachtet werden kann. Wilda in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 24. findet einen Unterschied darin, daß das nauticum foenus nur ein obligatorisches Verhältniß begründet, während der Bodmereigeber ein dingliches Recht an den ihm verpfändeten Gegenständen erhält. Da die Verbodmung wegen der damit verbundenen, durch kein Gesetz in ihrer Größe beschränkten Prämie das unvortheilhafteste Mittel ist, sich Geld zu verschaffen, so darf der Schiffer nur dann dazu schreiten, wenn er, sich selbst überlassen, durchaus kein anderes Mittel vor sich sieht, und ihm ohne Herbeischaffung von Geldmitteln die Fortsetzung der Reise unmöglich gemacht würde. Einige neuere Gesetze schreiben sogar vor, daß er sich gerichtlich oder von den Consuln autorisiren lassen müsse, Geld auf Bodmerei zu nehmen. Ob, wenn Bodmereigeld auf das Schiff genommen ist, das Schiff mit Zubehör und sonach auch die

---

*) s. auch Mevii Dec. D. V. dec. 352. Als Vertheidiger der unserer oben angeführten Meinung entgegengesetzten Ansicht ist zu bemerken: Walch controv. jur. civ. pag. 525. §. 25. ex sententia juris civilis creditori licet stipulari sibi jus embateuticum; Wildvogel D. de jure embateutico. Jen. 1707.

Fracht und die Ladung stillschweigend inbegriffen sey, wird von Manchen insoweit verneint, als nicht die dahin gerichtete Absicht der Parteien besonders ersichtlich ist, Pöhls Darstellung des Seerechts S. 820.; dagegen Benecke System des Assecuranz- und Bodmereiwesens Bd. IV. S. 419. Inneres Verderben des verbodmeten Gegenstandes gehört, wenigstens nach den meisten Autoritäten, gegen Pöhls' Meinung a. a. O. S. 840., in der Regel nicht zu den Gefahren, welche der Bodmereigeber tragen muß; Benecke a. a. O. S. 469. Wenn der verbodmete Gegenstand nicht wirklich der Gefahr ausgesetzt, z. B. die Seereise nicht angetreten worden ist, so ist der Bodmereigeber nur zu verlangen berechtigt, daß ihm das Darlehn mit den gewöhnlichen Zinsen und Kosten zurückerstattet werde. Bei dem Zusammentreffen mehrerer Forderungen, in Beziehung auf den verbodmeten Gegenstand, gilt der Grundsatz: 1) die in dem Nothhafen, in welchen das Schiff einzulaufen gezwungen war, geschlossene Bodmerei geht jeder anderen vor; 2) bei dem Zusammentreffen mehrerer solcher Bodmereiforderungen hat nicht die ältere, sondern die jüngere den Vorzug, weil durch sie der schon verbodmete Gegenstand gerettet wird, welcher sonst untergegangen, mithin für den ersten Bodmereigeber doch verloren gewesen seyn würde; Mittermaier deutsch. Privatr. §. 312. [Neue und sehr ausführliche Bestimmungen über das Bodmereigeschäft enthält das A. D. Handelsgesetzbuch Art. 680—700.]

Kapitel III.

Condictionen aus rechtlosem Haben.*)

§. 265.

1. Condictio causa data causa non secuta.

Dig. XII. 4. de condictione causa data causa non secuta. Cod. IV. 6. de condictione ob causam datorum.

1) Bei diesem Zurückforderungsrecht eines zu erlaubtem Zweck Gegebenen oder, wenn es durch des Beklagten Schuld zu

*) Die Herrschaft des Rechts kann ein Haben ohne rechtlichen Grund nicht dulden, weil da Einer mit dem Schaden des Andern sich bereichern würde. Ein solcher kann daher auch ohne Vertrag zur Zurückgabe angehalten werden,

Grunde gegangen ist, dessen Werthes, l. 15. D. 12. 4. cf. l. 65. D. 12. 6., ist vorzüglich die Ursache des Nichteintretens der von Seite des Gebers entweder ausdrücklich, oder nach der Natur der Sache vorausgesetzten künftigen Leistung oder Begebenheit in Betracht zu ziehen, und es fragt sich daher, welchen Einfluß zufällige oder verschuldete Unmöglichkeit derselben auf die Zulässigkeit dieser Condiction hat?*)

---

es sey nun, daß der Mangel eines rechtlichen Grundes von Anfang bestand, oder durch einen nachfolgenden Umstand eintrat; vergl. Bd. I. §. 14. Fr. 3. Dieses grundlose Haben ist von den röm. Rechtsgelehrten förmlich classificirt worden, wodurch für jede Kategorie eine eigene Condiction gebildet ist, und zwar 1) wegen Haben aus einem falschen Grunde, welcher entweder in der Zukunft liegen kann, wenn nämlich etwas in der Erwartung einer künftigen Handlung oder Begebenheit gegeben ward, diese aber nicht erfolgt ist (cond. causa data causa non secuta), oder in der Vergangenheit, wenn ein nicht vorhandener Grund irrig als vorhanden geglaubt wurde (cond. indebiti). 2) Haben aus einem rechtswidrigen Grunde, welcher auch entweder in der Vergangenheit liegen kann, z. B. Erpressung, Consumtion (cond. ex injusta causa), oder in der Zukunft, wenn nämlich die wirklich eintretende causa ob turpitudinem nicht wirksam werden kann (cond. ob turpem causam). 3) Wenn etwas ohne allen Grund aus dem Vermögen des Klägers in das des Beklagten gekommen ist (cond. sine causa). [Vergl. hierzu Jacobi in v. Gerber's Jahrbb. IV. S. 298.]

*) Nach R. R. kann es sich wohl darnach gar nicht fragen, denn da konnte ja jeder Geber ganz willkürlich pönitiren, mithin das Gegebene zurückfordern, so lange er die Gegenleistung noch nicht empfangen hatte, gleichviel aus was immer für einer Ursache diese nicht erfolgte. Wir können daher hier die Frage über die heutige Anwendbarkeit der Lehre von den Innominat-Contracten nicht unberührt lassen. Daß das ihnen eigenthümliche Reuerecht wegfalle, darüber ist h. z. T. wohl kein Zweifel mehr, nachdem bei uns auch nuda pacta klagbar sind, ohne daß sie zu ihrer Begründung der von der einen Seite erfolgten Leistung bedürfen. Es fragt sich indessen doch noch: wenngleich dadurch, daß die Innominat-Contracte in Consensual-Contracte übergegangen sind, jene Eigenthümlichkeiten derselben hinwegfallen, welche sich daraus erklären, daß im R. R. das nudum pactum nicht als bindend anerkannt war, können nicht doch im Uebrigen auch noch jetzt die Bestimmungen des R. R. über die Innominat-Contracte zur Anwendung kommen? Hierüber dürfen wir wohl unbedenklich Mommsen beistimmen, wenn er in den Beitr. zum Obl.-R. Abthl. 1. S. 399. im Einklang mit v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 599. sub IV., Puchta Pand. §. 308. u. v. d. Pfordten Abhandl. S. 260. behauptet: „Durch die Annahme des Grundsatzes, daß die Verträge als solche schon klagbar sind, ist in der That das ganze Institut der s. g. Innominat-Contracte aufgehoben, denn das Wesen derselben, aus welchem die für dieselben geltenden Regeln abgeleitet werden, besteht eben darin, daß nur demjenigen,

2) Erstreckt sich diese Condiction auch auf Zinsen?
3) Kann sie wegen jeder Art von Zuwendung eines Vermögensvortheils angestellt werden, insbesondere wegen Uebernahme einer Zahlungsverbindlichkeit?
4) Wenn die Leistung in fremdem Namen gemacht worden ist, steht dann die Condiction dem Leistenden zu, oder demjenigen, für welchen geleistet worden ist?

Zu 1) Man kann sich folgende verschiedene Fälle denken:

a) Ein gesetzliches Hinderniß steht der Verwirklichung der causa datorum entgegen, da entscheidet für die Zulässigkeit der Condiction ganz bestimmt l. 1. l. 5. C. 4. 6., was natürlich auch gelten muß, wenn in der Zwischenzeit zwischen der Leistung und Gegenleistung ein die letztere verhinderndes gesetzliches Verbot eingetreten ist; Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 885. Zwar unterscheidet Voet Comm. ad Pand. Lib. XII. tit. 4. §. 7., ob der Geber das gesetzliche Verbot selbst nicht kannte, oder ob ihm blos das faktische Verhältniß der Personen unbekannt war, welche das Verbot angeht, und hält im ersten Falle die Zurückforderung für unzulässig, weil die Unwissenheit des Rechts immer demjenigen zur Last falle, welcher vermöge derselben etwas gegeben hat. Voet bezieht sich deshalb auf l. 10. C. 1. 18., wo von der cond. indebiti gesagt ist: cum quis jus ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio. Dagegen wird aber von Glück Thl. XIII. S. 34. mit Recht bemerkt, daß von der cond. indebiti kein richtiger Schluß auf die cond. ex causa datorum zu machen

---

welcher bereits erfüllt hat, ein contractliches Recht zusteht, während derjenige, welcher nicht erfüllt hat, von der Geltendmachung contractlicher Rechte ausgeschlossen ist, weil der Vertrag als solcher kein Recht begründet; l. 45. D. 2. 14. — l. 6. C. 4. 64. Ist aber das Institut der Innominat-Contracte weggefallen, und sind an die Stelle derselben andere Contracte getreten, welche ihrer Natur nach durchaus verschieden sind, so versteht es sich von selbst, daß es nicht ohne Weiteres gerechtfertigt ist, einzelne Bestimmungen des R. R. über Innominat-Contracte auf diese neuen Contracte anzuwenden, während man die meisten und hauptsächlichsten für unanwendbar erklären muß. Die Entscheidungen in den Quellen, welche sich auf die Innominat-Contracte beziehen, haben — ebenso wie die Entscheidungen, welche sich auf die Stipulation beziehen — nur insoweit eine praktische Bedeutung für uns, als sie Anwendungen allgemeinerer Grundsätze enthalten." [Vergl. dazu Witte Bereicherungsklagen S. 120. 136.]

sey, daher hier keine Distinction untergeschoben werden dürfe, welche den von letzterer speciell handelnden Gesetzen völlig fremd ist.

b) Es ist eine faktische Unmöglichkeit vorhanden, und diese ist

α) dem Geber bekannt; dann muß man wohl den Willen zu schenken bei ihm annehmen, welcher die Zurückforderung ausschließt, cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est; l. 53. D. 50. 17. cf. l. 8. C. 4. 6. — l. 47. D. 38. 1., v. Meyerfeld Lehre v. d. Schenk. Thl. I. S. 42., Donell. Comm. jur. civ. Lib. XIV. cap. 23. pag. 716., Voet Comm. ad. Pand. Lib. XII. tit. 4. §. 7., Glück Thl. XIII. S. 33., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 43. Es ist daher gar nicht nöthig, sich mit Cocceji J. C. Lib. XII. tit. 4. qu. 8. u. 9. auf l. 5. pr. D. 12. 4. zu berufen: causa pro praestita habetur, dum per alterum non stat, quo minus fiat;

β) oder sie ist dem Geber unbekannt. Hier argumentirt Cocceji a. a. O. aus dem soeben angeführten Rechtssatze gleichfalls die Unzulässigkeit der Condiction; allein derselbe ist überhaupt, wie Bd. I. §. 43. zu Fr. 13. u. 14. bemerkt wurde, nur mit Einschränkung zu verstehen, und wäre hier mit bestimmten Gesetzen, welche ganz vernunftgemäß die Condiction in diesem Falle zulassen, unvereinbarlich; l. 3. §. 5. D. 12. 4. — l. 5. l. 6. C. 4. 6., Glück Thl. XIII. S. 34., Unterholzner a. a. O.

c) Die Unmöglichkeit der Gegenleistung ist erst in der Folge eingetreten, und zwar

α) durch Schuld des Gebers; da kann dieser begreiflicher Weise das Gegebene nicht zurückfordern. Glück a. a. O. S. 31. hält zwar eine Einschränkung dieser Behauptung für nöthig, indem er auf folgenden in l. 1. §. 1. D. 12. 4. behandelten Fall hinweist: Der Erbe gibt einem Dritten eine Summe Geldes, um eine Bedingung zu erfüllen, unter welcher ihm eine Erbschaft hinterlassen worden ist, die er nicht anders erhalten kann. Schlägt er nun gleichwohl die Erbschaft in der Folge aus, so kann er allerdings das Gegebene condiciren, dies ist aber kein wirklicher Ausnahmsfall, sondern beruht lediglich auf der Widerruflichkeit jedes Mandats, schlägt also gar nicht in das Conditionsrecht ex causa datorum ein.

β) Die Gegenleistung ist durch die Schuld des Empfängers unmöglich geworden; hier ist das Condictionsrecht des Gebers keinem Zweifel unterworfen; l. 11. C. 4. 6.

γ) Die Gegenleistung ist durch einen Zufall unmöglich geworden. Hier begegnet man einer großen Verschiedenheit der Meinungen. I) Angesehene Rechtslehrer nehmen als Regel an: es sey dem Geber die Condiction zuzugestehen, gleichviel ob die causa durch Zufall oder durch Schuld des Empfängers nicht realisirt werden kann; Donell. Comm. jur. civ Lib. 14. cap. 21., Bucher R. d. Ford. §. 107. — II) Ganz entgegengesetzt lehren Andere: „Vereitelung durch reinen Zufall schließt die condictio aus," v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. (§. 239.) S. 300., mit anderen Worten: „es gibt keine repetitio, wenn nicht der Empfänger aus Trotz die Gegenleistung verweigert, oder sich dazu durch seine eigene culpa unfähig gemacht hat;" Braun Erörter. zu Thibaut §. 175. Si praestari causa non possit, nec stet per debitorem — cessat condictio ob causam datorum; Voet Comm. ad Pand. Lib. 12. Vol. 3. tit. 4. §. 4., Cocceji J. C. Lib. 12. tit. 4. qu. 6., Wächter im civil. Archiv Bd. XV. S. 215. Aehnlich sagt Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 620. S. 565: „wurde der Erfolg durch einen Zufall verhindert, welcher die Handlung dessen traf, der die Gegenleistung schuldig ist, so kann man im Allgemeinen annehmen, daß die Rückforderung wegfällt." Auch Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 44. statuirt diese Condiction zum Unterschied von der nicht mehr geltenden condictio ob poenitentiam nur wegen verschuldeter Unmöglichkeit, Weigerung oder Säumniß. Alle anderen Fälle, in welchen er ein Zurückforderungsrecht wegen verfehlten Zweckes annimmt, fallen in die Kategorie des Zufalls.*) In der Mitte zwischen diesen beiden Meinungen

*) Namentlich, wenn etwas zur Mitgift wegen einer zu erwartenden Ehe gegeben wird, die Ehe aber nicht zu Stande kommt; — wenn in der Erwartung eines Darlehns eine Promission oder eine Schuldverschreibung gegeben worden, das Darlehn aber nicht erfolgt ist; wenn in Erwartung einer rechtlichen Genehmigung geleistet, diese aber ausgeblieben ist; — wenn man zur Erfüllung einer Bedingung etwas geleistet hat, während entweder eine solche Bedingung gar nicht stattfand, oder aus anderen Gründen der bezweckte rechtliche Vortheil nicht erlangt wurde, l. 1. §. 1. l. 2. l. 3. §. 6. 7. D. 12. 4.; — wenn Jemand in der Absicht, Miterbe zu werden, etwas aus seinem Vermögen

stehen III) diejenigen, welche weder das Eine noch das Andere als Regel gelten lassen. Sie erklären sich zum Theil ganz unbestimmt, z. B. „nach Umständen sey die Zurückforderung des Gegebenen zulässig," Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 262., oder: „beim Zufall kann die Klage cessiren wegen der besonderen Natur des Geschäfts," Puchta Pand. §. 308., oder: ex cujusvis causae propria vi ac indole intelligi debet — at plerumque *non* locum habet condictio, si non culpa accipientis, sed fortuito casu secuta non est causa; Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 383. not. 12. Zum Theil specialisiren sie die einzelnen Fälle und stellen als Hauptregel auf: a) wenn der Empfänger sich zur Leistung eines Faktums verpflichtet hat, und diese durch Zufall unmöglich wurde, so kann, wenige Ausnahmsfälle*) abgerechnet, das Gegebene zurückgefordert werden, soweit der Empfänger dadurch bereichert ist. b) Sollte für das Empfangene eine bestimmte Sache gegeben werden, und diese ist durch Zufall zu Grunde gegangen, so kann das Gegebene schlechthin zurückgefordert werden; Glück Thl. XIII. S. 39. u. 46. Dazu Witte Bereicherungsklagen S. 139.

Wenn wir einen Blick auf die Gründe der verschiedenen Meinungen werfen, so scheint uns

ad I) daß deren Vertheidiger, indem sie — namentlich Bucher R. d. Ford. S. 373. (Ed. 2.) — in l. 2. l. 5. C. 4. 6. — l. 6.

---

eingeworfen oder einzuwerfen versprochen, nachher aber die Erbschaft repudiirt hat, l. 13. D. 12. 4.; — wenn man in Folge eines Erkenntnisses exequirt wurde, die dagegen ergriffene höhere Instanz aber dasselbe nicht bestätigt hat. Alle diese Fälle haben nur bedingte Leistungen zum Gegenstande, es seyen nun conditiones expressae oder quae tacite insunt; s. auch Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 620.

*) Glück Thl. XIII. S. 39—46. bezeichnet diese folgendermaßen: a) wenn der Empfänger, welchem zur Gegenleistung eine gewisse Zeit festgesetzt war, sich innerhalb derselben dazu bereit erwiesen, mithin keines Verzugs schuldig gemacht hat, oder die Unmöglichkeit erst nach dem Beginn der mora eingetreten ist, l. 3. §. 3. D. 12. 4.; — b) wenn der Empfänger schon einen dem Gegebenen gleichkommenden Aufwand für die Gegenleistung gemacht hat; — c) wenn die Erfüllung des Contracts selbst die entstandene Unmöglichkeit der Gegenleistung veranlaßt hat, l. 5. §. 3. u. 4. D. 12. 4.; — d) wenn einem Advocaten die Belohnung für die Führung eines Processes vorausgegeben, derselbe aber vor Beendigung der Sache gestorben ist; l. 38. §. 1. D. 19. 2. — l. 1. §. 13. D. 50. 13.

D. 12. 4. den Satz: quidquid ob causam datum est, causa non secuta restitui debet indistinct ausgesprochen zu finden glauben, der Vorwurf treffe, daß sie in diese Gesetze etwas hineinlegen, was theils gar nicht, theils nicht in dieser Maße darin zu finden ist. Denn l. 2. cit. gibt der Condiction blos in dem Fall willkürlichen Zuwiderhandelns der Empfängerin gegen die vom Geber gemachte Bedingung Statt; l. 5. cit. handelt ebensowenig von Vereitelung der causa durch Zufall, sondern von dem sub lit. a. von uns behandelten Fall einer rechtlichen Unmöglichkeit, und l. 6. cit. hat sichtlich nicht eine blos zufällige Verhinderung zum Gegenstande, sondern beschäftigt sich mit einem völlig eigenthümlichen Falle. Es hatte nämlich Jemand ein Heirathsgut gegeben, und sich die Zurückforderung blos auf den Fall vorbehalten, wenn die Ehe auf was immer für eine Art aufgelöst würde. Nun trat aber der von ihm nicht ausdrücklich vorgesehene Fall ein, daß die Ehe gar nicht zu Stande kam, und gab zu der Frage Anlaß: ob der Geber auch unter diesen Umständen zurückfordern könne. Sehr natürlich wurde bejahend entschieden, weil die Beschenkte das Geschenk nicht in der Eigenschaft, in welcher es gegeben war, haben konnte (nulla enim dos sine matrimonio) und eine conditio, quae tacite inest nicht erst ausgedrückt zu werden brauchte. Diese Gesetzesstellen möchten daher wohl nicht geeignet seyn, um überhaupt eine allgemeine und insonderheit die oben angegebene Regel daraus zu schöpfen. Scheinbarer möchte wohl die Berufung auf l. 52. D. 12. 6. seyn, wegen der Worte: ob rem datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit. Betrachtet man aber diese Gesetzstelle genauer (welche übrigens nicht in dem Titel de condict. c. d. c. n. s., sondern im Titel de cond. indebiti steht), so findet man darin etwas ganz Anderes, als das Gesuchte. Sie beschäftigt sich nämlich blos damit, den Unterschied zwischen einem Geben ob causam praeteritam und ob causam futuram darzustellen, und fixirt den Rechtsbegriff der Condiction dahin, daß sie nur auf die letztere passe, also nur causa futura non sequente das Zurückforderungsrecht eintreten könne, nicht wegen einer causa praeterita, selbst wenn diese nur irriger Weise als wirklich geglaubt war. Es wird also hier nur die Tendenz der Condiction bezeichnet, aber nicht verordnet, daß sie immer und unter allen Umständen diesen Effect haben müsse. Die gleichfalls für diese Meinung angeführte l. 16. D. 12. 4.*) hat sich blos die Frage zur Aufgabe

*) Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares; si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares.

gemacht: ob, wenn A. dem B. Geld gegeben, damit er ihm einen Sklaven geben solle, ein Kaufgeschäft oder eine datio ob causam anzunehmen sey, was wegen des im letzteren Falle stattgefundenen Reuerechts von Interesse war,*) und entscheidet sich für eine datio ob causam. So hat auch die l. 5. D. 12. 4. in ihrer Casuistik es immerfort nur mit dem bei uns exilirten Reuerecht zu thun, beschränkt aber auch diese condictio ob poenitentiam dahin, daß derjenige, welcher sich zur Leistung des Versprochenen bereits angeschickt und seine Handlungen darnach eingerichtet hatte, dadurch keinen Schaden leiden dürfe. Während demnach alle zur Begründung des zu I) aufgestellten Satzes angeführte Gesetzstellen demselben keine genügende Stütze zu gewähren scheinen, haben die Anhänger der zu II) angeführten Meinung einen ganz bestimmten gesetzlichen Ausspruch für sich in l. 10. C. 4. 6.: pecuniam a te datam, si haec causa, pro qua data est, non culpa accipientis sed fortuito casu non est secuta, *minime repeti* posse *certum* est. Damit stimmt auch l. 3. §. 3. l. 5. pr. §. 3. u. 4. D. 12. 4. überein, indem überall schuldhaftes Unterbleiben der Gegenleistung vorausgesetzt wird, um das Gegebene condiciren zu können. Gegen den Ausspruch in l. 5. pr. cit.: cum per te non steterit, potest dici repetitionem cessare, sed cum liceat poenitere ei, qui dedit, procul dubio repetetur id, quod datum est etc. wird zwar eingewendet, die Worte potest dici bezeichneten blos einen Zweifels-, nicht aber einen Entscheidungsgrund, Glück Thl. XIII. S. 38.; dem ist aber nicht so, es ist nicht von Einem Moment die Rede, das etwa so oder anders beurtheilt werden könnte, sondern es werden vielmehr sehr bestimmt zweierlei Dinge unterschieden, nämlich die condictio ob causam, und von dieser heißt es: potest dici cessare, dann die condictio ex poenitentia, und diese — wird weiter gesagt — gewährt die Repetition, welche jene nicht zu gewähren vermöchte. Wäre aber auch diese Stelle einem Zweifel ausgesetzt, so kann es doch noch weniger die zuerst angeführte seyn, vielmehr scheitern an ihrer Deutlichkeit die künstlichen Versuche, welche man bei Glück Thl. XIII. S. 44. und Bucher a. a. O. S. 373. (Ed. 2.) Anm. 6. darauf gerichtet findet, das darin ausgesprochene Axiom durch die Supposition eines ganz besonders geeigenschafteten, im Gesetz nicht angegebenen, sondern unserer Divinationsgabe überlassenen Falles hinwegzudeuten, oder wie Donell. l. c.

*) Diese Stelle kann übrigens nach Wächter im civil. Archiv Bd. XV. S. 217. und v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 599. auch dahin erklärt werden, daß Stichus schon vor dem dare gestorben ist, denn es heißt ja si mortuus est, nicht si morietur.

Lib. 14. cap. 21. §. 10. eine Textes-Emendation zu postuliren, nämlich unter causa pro qua data est nicht causa im Sinne dieses Pandektentitels für „Zweck", sondern für „Proceßsache" zu nehmen, welchenfalls es ja aber nicht heißen könnte: causa non est secuta, sondern causa non est acta. Was in l. 5. pr. D. 12. 4. über den Fall ausgesprochen ist, wenn die Gegenleistung (causa) in einem facere besteht, sagt gleichförmig mit l. 10. C. 4. 6. die l. 5. §. 1. D. 19. 5. auch von dem Fall eines dare, „si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, *periculo meo* Stichus erit, ac tu duntaxat culpam praestare debes." Dagegen wendet zwar Glück Thl. IV. S. 384. Anm. 59. und Bd. XIII. S. 47. mit Beziehung auf Donell. Comm. jur. civ. Lib. 14. cap. 21. ein, periculo meo Stichus erit wolle nur soviel sagen: du brauchst mir nun den Stichus nicht zu geben, vermöge der Regel: debitor speciei liberatur casuali interitu, aber damit sey nicht auch gesagt, daß du auch das im Voraus von mir Empfangene mir nicht zurückzugeben schuldig wärest; oder mit anderen Worten: die Gegenleistung (sc. Stichus) fällt zwar weg, aber nicht die Zurückforderung des Gegebenen (sc. der scyphi). Allein da hätte ich ja wesentlich gar kein periculum zu übernehmen! Nur durch einen ganz unklaren Begriff von Gefahr konnte Glück zu einer solchen Argumentation kommen. Unter periculum versteht man in Beziehung auf die Obligationen die Verpflichtung der im Obligationsnexus befindlichen Partei, die Wirkung der Obligation ungeachtet des eingetretenen widrigen casus fortbestehen zu lassen, Wächter im civilist. Archiv Bd. XV. S. 104 zc. Bei einseitigen Obligationen besteht die Wirkung auf den Schuldner darin, daß er ungeachtet des Unterganges der Sache nicht liberirt wird, also dennoch zahlen muß; vom Gläubiger hingegen wird gesagt, er trage das periculum allein, wenn er seine Forderung ohne Ersatz verliert, also vom Schuldner beim Untergang der Sache nichts mehr fordern kann, weder eine andere Sache noch anderweiten Ersatz. Bei zweiseitigen Obligationen wirkt das periculum obligationis den Verlust des Hauptgegenstandes, ohne daß man Ersatz dafür bekömmt. Verliert indessen der Eine bei zweiseitigen auf Sachleistungen gerichteten Obligationen seinen Anspruch an den Gegner, aber so, daß er die von ihm geschuldete Gegenleistung nicht zu erfüllen braucht, so nehmen die Rechtsquellen dies schon als Ersatz für seinen Verlust, und sagen daher, daß er hier nicht das periculum zu tragen habe. Mithin trifft das periculum denjenigen, welcher beim Eintritt des zufälligen Schadens zahlen muß, ohne die Gegenleistung in Anspruch nehmen zu können, oder denjenigen, welcher die Sache bekommen soll,

und dennoch wegen Eintritt des Zufalls nichts oder nur Verschlechtertes bekommt, und gleichwohl von seiner Gegenleistung, die er für die Sache versprach, nicht frei wird.

Diese Betrachtungen, sowie die zu III. bemerkten Schwankungen deuten uns die Nothwendigkeit an, daß man, um festen Boden zu gewinnen, wie auch Heimbach in Weiske's Rechtslex. gethan hat, auf die Lehre vom Einfluß des Zufalls auf Obligationsverhältnisse zurückgehen müsse, welche wir oben im allgemeinen Theil Kap. IV. §. 234. in Betracht gezogen haben. Wir haben uns dort der Ueberzeugung hingegeben, daß bei einem zweiseitigen auf gegenseitiges Geben oder Leisten gerichteten Vertrag mit dem Augenblicke der vollständigen Perfection des Vertrags die Gefahr immer auf denjenigen übergehe, welcher aus demselben etwas zu empfangen hat. Daraus geht denn bei Innominatcontracten, deren Perfection nicht schon durch den beiderseitigen Consens, sondern erst durch die von einer Seite erfolgte Leistung bewirkt wird, diese Folge hervor: wenn die Sache vor dieser Leistung untergeht, so kann die Gegenleistung nicht gefordert werden, weil ja dem einen Contrahenten durch den Untergang der Sache das Mittel entzogen ist, eine klagbare Verbindlichkeit auf Seiten des Andern hervorzubringen. Geht aber, nachdem der Eine die Sache geleistet hat, die Sache casuell unter, welche der Andere entgegenleisten muß, so kann der Erstere, wie l. 5. §. 1. D. 19. 5. ausdrücklich sagt, in der Regel nicht zurückfordern, ausgenommen wenn der Andere sich eines Verzugs in Ansehung der Gegenleistung schuldig gemacht hat; l. 3. §. 3. D. 12. 4., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 599.*) Nicht eigentlich hieher gehört der Fall, wenn für successive Leistungen die Vergütung, welche eigentlich erst durch deren Vollendung vollständig erworben werden konnte, vorausgezahlt worden ist, in der Folge aber jene Leistungen dem Verpflichteten ganz oder zum Theil unmöglich geworden sind; denn daß hier vorausbezahlt wurde, lag nicht im Wesen des Vertrags, und kann daher als etwas ganz Zu-

*) S. auch §. 626. no. 2. „Man muß von der einfachen Unterscheidung ausgehen, ob die causa, wegen deren man hingab, in einer erwarteten Gegenleistung des Empfängers besteht, oder ob sie anderer Art ist. Im ersteren Falle muß die Rückforderung wegfallen, wenn die Gegenleistung ohne alle concurrirende Schuld des Empfängers durch reinen Zufall unmöglich geworden ist. Im zweiten Fall aber kann nach der Natur der Sache auf die Unterscheidung zwischen culpa und casus nichts ankommen, sondern die Rückforderung ist auch dann begründet, wenn ein Zufall den Eintritt der causa verhindert hat." Zweckmäßige Bestimmungen gibt das Oesterreichische bürgerl. Gesetzbuch §. 1048. u. 49., v. Zeiller Comm. Bd. III. S. 343.

fälliges und Willkürliches am Vertragsrecht nichts ändern. Wenn also der Schiffer, dem ich eine Fracht verdungen und das Frachtlohn vorausbezahlt habe, den Contract gar nicht erfüllen kann, weil sein Schiff bereits untergegangen ist, so kann ich nach l. 15. §. 6. D. 19. 2. das Frachtlohn allerdings zurückfordern, oder, wenn des Vermiethers Haus während der Zeit, für welche ich es gemiethet habe, einstürzt, so kann ich in tantum das vorausbezahlte Miethgeld ebenso zurückfordern; l. 19. §. 6. D. 19. 2.

Zu 2) Manche behaupten zwar, h. z. T. könne die Klage auch auf Zinsen gerichtet werden, weil der Grund, daß die Condiction bei den Römern keine actio bonae fidei war, bei uns wegfällt, da jetzt alle Klagen bonae fidei sind. Allein die Römer haben doch bei dieser Klage hauptsächlich auf die Billigkeit Rücksicht genommen, daß nicht mehr, als empfangen, zurückgegeben zu werden brauche, l. 65. §. 4. D. 12. 6., und dieser Grund, welcher auch bei der condict. ob turpem causam, l. 4. C. 4. 7., wie bei der condict. indebiti, l. 1. C. 4. 5., gleichförmig durchgeführt ist, bleibt bei Kräften; Glück Thl. XIII. S. 49., Boehmer Doctr. de action. Sect. II. cap. 5. §. 21., Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 886. A. M. ist Leyser Sp. 147. med. 4. Eine Modification erwähnt Cocceji jus controv. Lib. XII. tit. 4. qu. 13., indem er den Empfänger ausnahmsweise zu Zinsen alsdann verbunden hält, wenn er selbst aus dem Empfangenen Zinsen bezogen hat; tunc enim — sagt er — usurae instar fructuum sunt. Allein obgleich die Condiction allerdings neben der Hauptsache auch auf fructus perceptos geht, l. 7. §. 1. l. 12. D. 12. 4. — l. 38. §. 1. D. 22. 1., so ist es doch nicht richtig, wenn Cocceji erlangte Zinsen schlechterdings wie Früchte betrachtet; l. 121. D. 50. 16., v. Quistorp rechtl. Bemerk. Bd. I. S. 235., Heimbach a. a. O., Glück a. a. O. S. 28. Der Empfänger konnte als Eigenthümer nach Willkür das erhaltene Geld verzinslich ausleihen oder nicht, und hatte, wenn er es that, auch die Gefahr im Gegensatz des Vortheils l. 67. §. 1. D. 17. 2. — l. 62. D. 6. 1. — l. 10. §. 8. D. 17. 1.

Zu 3) Glück Thl. XIII. S. 11. hält dafür: ein bloßes Versprechen, daß man dem Andern etwas geben wolle, wenn es auch gleich in Rücksicht einer Gegenleistung geschehen ist, begründe diese Condiction nicht, weil hier keine Zurückforderung denkbar ist. Dagegen bemerkt Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 883.: die Analogie der Schenkung und der Umstand, daß auch die Erwerbung von Klagrechten nach römischen Begriffen als Vermögensmehrung betrachtet wird, sowie eine Vergleichung der condict. indebiti mit der

cond. sine causa lehrten das Gegentheil. Diese Controverse (deren Literatur s. bei Glück a. a. O.) scheint kaum von einigem praktischen Interesse zu seyn, da der Promittent ja schon durch eine Exception hinlänglich gedeckt ist.

Zu 4) Wird die Leistung in fremdem Namen gemacht, so steht die Condiction in der Regel dem Leistenden selbst zu. Nur wenn nachgewiesen wird, daß derselbe bei der Leistung der Person, in deren Namen gezahlt wird, durch die Leistung ein Geschenk habe machen wollen, wird die Klage dieser letzteren Person gestattet; l. 6. pr. l. 7. pr. l. 9. D. 12. 4.

---

§. 266.

2. Condictio indebiti. *)

Inst. III. 15. quibus modis re contrahitur obligatio §. 1. III. 28. de obligationibus, quae quasi ex contractu. §. 6. u. 7. Dig. XII. 6. de condict. indebiti. Cod. IV. 5. de condict. indeb. Gajus III. §. 91.

1) Im Allgemeinen kann zwar Alles, was animo solvendi gegeben ward, während eine wirkliche Schuld nicht vorhanden, sondern nur irrig geglaubt war, zurückgefordert werden, **) wobei es jedoch nicht hinreicht, daß der Kläger sich

*) Sell Beitr. zur Lehre v. d. cond. indebiti in s. Jahrbüchern Bd. I. S. 116., Hepp in der Tübinger Zeitschr. für Rechtswissenschaft über Car. van Renynche de cond. indeb. Gand. 1826., G. F. Ackermann D. eo, quod tanquam indebitum condici nequit. Lugd. Bat. 1810. denuo edit. ab auct. filio. ib. 1830. Ueber condict. indeb. aus Rechtsirrthum s. Annalen der Großh. Bad. Gerichte von Beck u. A. Bd. I. S. 37. Bd. II. S. 1. 48. u. 139. Comm. de usuris indebite solutis earumque tam repetitione quam in sortem imputatione. A. D. Weber Versuche üb. d. Civilr. Abh. 4. Ueber cond. indeb. überhaupt und insbesondere über das Fordern von Zinsen einer gezahlten Nichtschuld. — Röder üb. prakt. Fragen des Civilr. S. 47. u. 112. — Ueber die Beweislast dabei s. Schmalz neue Samml. merkw. Rechtsfälle u. Entscheid. der Haller Juristenfacultät Bd. II. S. 32., Rosshirt D. de legitimo cond. indeb. fundamento. Erl. 1818.

**) Unbestritten gilt dies, ohne Unterschied, ob fungible oder nicht fungible Sachen gegeben waren, desgleichen wenn man sich eines Rechts begeben hat, in der irrigen Meinung, dazu verbunden zu seyn, l. 22. §. 1. D. 12. 6., wenn man eine Leistung, zu welcher man nur gegen Sicherheitsleistung ver-

nur im Allgemeinen auf einen Irrthum berufe, sondern ihm obliegt, die Thatsache anzugeben, aus welcher bei ihm der

bunden war, irrthümlich ohne dieselbe vorgenommen hat, l. 39. D. 12. 6., wenn man eine Liberation irrig ertheilt hat, Cocceji jus controv. Lib. XII. tit. 6. qu. 19., wenn man, in irriger Meinung, dazu verbunden zu seyn, eine fremde Verbindlichkeit übernommen, l. 31. D. 12. 6. — l. 1. pr. D. 36. 4., wenn man aus Irrthum aliud pro alio gegeben, l. 19. §. 3. D. 12. 6. (welchenfalls jedoch dem Empfänger ein Retentionsrecht bis zur Berichtigung des eigentlichen Objects der Verbindlichkeit zusteht, l. 19. §. 3. l. 26. §. 4. D. 12. 6.), oder wenn man nicht an den rechten Mann, l. 19. §. 2. D. 12. 6. — l. 8. C. 4. 5. — oder zu viel gezahlt hat, l. 18 §. 3. D. 4. 3. Man kann sogar, wenn man alternativ verbunden zu seyn glaubte, z. B. den Stichus oder den Pamphilus geben zu müssen, und in dieser Meinung den Pamphilus gegeben hat, während man einfach den Stichus zu geben hatte, den gegebenen Pamphilus zurückfordern, l. 19. §. 3. D. 12. 6. So kann man auch, wenn man in der Meinung, ein bestimmtes Einzelnding präſtiren zu müssen, dieses gegeben hat, während man doch nur ein genus zu präſtiren hatte, das Gegebene zurückfordern; l. 32. §. 3. D. 12. 6. Wer einfach verpflichtet zu seyn glaubte, und daher z. B. den Stichus gab, während er zwischen dem Stichus und Pamphilus zu wählen hatte, ist zu einer Zurückforderung berechtigt, nach den angeführten Gesetzen; hier steht indessen l. 19. D. de legat. II. entgegen, weshalb man in Beziehung auf letztwillige Verordnungen eine Ausnahme zu machen pflegt, Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 33. Anm. i., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 553. Anm. 1. Die Condiction fällt dagegen weg in folgendem Fall nach l. 32. D. 12. 6. in prooem.: cum is, qui Pamphilum aut Stichum debet, simul utrumque solverit, si posteaquam utrumque solverit, uterque aut alter ex his desiit in natura esse, nihil repetet; id enim remanebit in soluto, quod superest. Man kann condiciren, wenn man von einem zuständigen Abzugsrecht bei der Zahlung keinen Gebrauch gemacht hat, l. 40. §. 1. l. 45. D. 12. 6., wenn eine bedingte Schuld vor Eintritt der Suspensivbedingung bezahlt wurde, l. 16. l. 48. D. 12. 6. (vorausgesetzt nämlich, daß es wirklich ungewiß ist, ob sie eintreten werde, denn ist die Bedingung eine solche, quae omni modo extitura est, so findet die condictio nicht statt; l. 17. l. 18. D. 12. 6.), wenn vor erschienenem dies incertus gezahlt wurde, l. 16. §. 1. D. 12. 6. — dagegen, wenn vor eingetretenem dies certus gezahlt wurde, die Erfüllung einer obligatio naturalis angenommen wird, welche bekanntlich die Condiction ausschließt, l. 10. D. 12. 6. — l. 19. §. 6. D. 19. 2., daher derjenige, welcher im Irrthum vor der stipulirten Verfallzeit präſtirt hat, nicht hinterher eine Zinsvergütung fordern kann, Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. Med. 20. Auch dasjenige kann zurückgefordert werden, was irrig gegen einen abgeleisteten Eid gezahlt worden ist, l. 43. D. 12. 6. Daß derjenige, welcher rechtskräftig zur Zahlung verurtheilt wurde, nicht mehr das Gezahlte als ein indebitum zurückfordern könne, ist zwar außer Zweifel, l. 1. C. 4. 5. — l. 29. §. 5. D. 17. 1. — l. 36. D. 10. 2., aber darüber ist Streit, ob derjenige, welcher von einer wirklichen Schuld ungerechter Weise, aber doch rechtskräftig absolvirt wurde, und dennoch

Irrthum entstanden ist, und diese von der Art sey, daß der Irrthum daraus entstehen konnte, s. Seuffert Archiv

---

aus Irrthum zahlte, condiciren könne? Thibaut System §. 632., Glück Thl. XIII. S. 101., cf. Hellfeld Jurispr. for. §. 829. et ibi cit., Donell. Comm. jur. civ. Lib. 14. c. 12., Voet Comm. ad Pand. Lib. 12. tit. 6. §. 4., Cocceji jus controv. Lib. XII. tit. 6. qu. 11., Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 94. bejahen dies gegen die von Letzterem S. 404. Anm. 4. angeführten Dissentienten, welche die Statthaftigkeit der Condiction aus dem Grunde leugnen, weil doch ungeachtet der rechtskräftigen Absolution eine natürliche Verbindlichkeit bleibt, bei welcher unstreitig die Condiction wegfällt, allein der Fall kann in Praxi kaum vorkommen, denn nur dann, wenn der Zahlende die richterliche Absolutoria kannte, kann man sagen, daß er eine natürliche Verbindlichkeit erfüllt habe, nämlich blos einer moralischen Ueberzeugung gefolgt sey, und von diesem Fall ist l. 28. D. 12. 6. u. l. 60. eod. zu verstehen; wenn er aber das Judicat, welches alle Frage über Recht oder Unrecht, Schuldigkeit oder Nichtschuldigkeit ausschließt, nicht kannte, mithin aus bloßer Unwissenheit oder aus einem Irrthum über den Inhalt der Sentenz zahlte, wenn z. B. der Erbe zahlte, ohne zu wissen, daß sein Erblasser schon ein lossprechendes Erkenntniß erlangt hatte, dann mag ihm die Condiction wohl nicht versagt werden. Zahlte von zwei Correalschuldnern Jeder das Ganze, so kann nur der zuletzt Zahlende condiciren, und zahlen Beide gleichzeitig, so fordern sie pro rata zurück l. 19. §. 4. l. 20. l. 25. D. 12. 6. — Haben aber im letzteren Fall Beide verschiedene Objecte geleistet, so kann der Gläubiger bestimmen, welchem von Beiden er zurückgeben will, l. 21. D. 12. 6., v. Vangerow Pand. Bd. III. S. 18., gegen Thibaut in Braun Erört. S. 109., welcher annimmt, daß der vom Gläubiger designirte Schuldner zwischen beiden Objecten wählen könne. Ueber die Frage, ob die an einen öffentlichen Beamten geleistete Zahlung, zu deren Einhebung ein rechtlicher Grund mangelte, zurückgefordert werden könne, s. Bd. I. S. 340. Fr. 26. Wenn ich für einen insolventen Schuldner zahle, ohne seine Zahlungsunfähigkeit zu kennen, so kann ich das Gezahlte nicht zurückfordern, denn die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners macht die Schuld doch keineswegs zur Nichtschuld; l. 8. D. 12. 6. — Die Condiction findet nicht statt, wenn das angebliche indebitum in Folge eines Vergleichs gezahlt worden ist, l. 65. §. 1. D. 12. 6. — l. 23. C. 2. 4. — l. 11. C. 4. 5., desgleichen wenn der Vater, welcher mit der Peculienklage wegen einer Verbindlichkeit seines Hauskindes auf so viel belangt worden ist, als das peculium ausmacht, über diesen Betrag hinaus für das Hauskind bezahlt hat; l. 11. D. 12. 6. Ebensowenig steht sie dem nur in quantum facere potest verpflichteten Schuldner zu, wenn er die Schuld ungekürzt bezahlt hat; l. 9. D. 12. 6., Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 34. Anm. p. Wenn bei gemeinschaftlichen Verpflichtungen die zuständige Rechtswohlthat der Theilung nicht geltend gemacht wurde, so kann wegen ungetheilt geleisteter Abtragung keine Zurückforderung stattfinden; l. 26. l. 49. §. 1. D. 46. 1., Unterholzner a. a. O. Ebenso durfte der Ehemann, wenn er bei Herausgabe der dos versäumt hatte, die Abzüge zu machen, zu welchen er berechtigt war, nichts zurückfordern, Unterholzner a. a. O. Daß Liebesgaben nicht

Bd. VII. S. 384.; indessen fragt sich, ob die Condiction auch wegen eines aus Irrthum geleisteten Factums — z. B. wenn operae indebite prästirt wurden — angestellt werden könne?

2) Kann auch ein bloßes Versprechen, welches man nichtschuldig gegeben hat, mit der cond. indeb. zurückgefordert werden?

3) Kann man bei Zurückforderung eines indebite bezahlten Capitals dem Bezahlten auch Zinsen aufrechnen?

3a) Sind auch indebite gezahlte Zinsen der Condiction unterworfen?

4) Da eine Nichtschuld auf verschiedene Weise denkbar ist, entweder so, daß gar kein Rechtsgeschäft vorgefallen, oder daß die factisch contrahirte Verbindlichkeit ipso jure oder auch nur ope exceptionis ungiltig, oder daß, wenngleich eine obligatio naturalis, doch keine obligatio civilis vorhanden ist, so fragt sich, welche von diesen Fällen unter den juristischen Gesichtspunkt eines indebitum fallen? insbesondere auch ob eine verjährte Schuld, wenn sie aus Irrthum bezahlt wurde, zurückgefordert werden kann?

5) Kann blos die aus Irrthum und Unwissenheit, oder auch die in Ungewißheit über das eigentliche Verhältniß geleistete Zahlung condicirt werden?

6) Findet die Zurückforderung blos wegen eines factischen oder auch wegen Rechtsirrthums statt, und sind nicht wenigstens gewisse Classen von Personen, z. B. Frauen, Bauern, Militärpersonen, in Beziehung auf den Rechtsirrthum begünstigt?

7) Kann das aus Irrthum Bezahlte uneingeschränkt condicirt werden, oder nur inwieweit der Beklagte bereichert ist? auch wenn der Empfänger ein Pupill ist?

8) Ist es zur Anstellung der cond. indebiti eine nothwendige Voraussetzung, daß der Empfänger der irrig geleisteten Zahlung oder Leistung gleichfalls im Irrthum gewesen sey?

---

als Nichtschuld condicirt werden können, leuchtet von selbst ein, l. 27. §. 1. D. 3. 5. — l. 5. §. 14. D. 25. 3. — l. 11. l. 15. C. 2. 19. Sind erlaubte Zinsen von einem existirenden Capital gezahlt, so fällt die Condiction weg, indem sie als ein der Billigkeit entsprechendes Aequivalent für die Nutzung gegeben erachtet werden. Hat Jemand dem Gläubiger dessen, dem er schuldig zu seyn glaubte, gezahlt, so hat er keine Condiction gegen den Empfänger, wohl aber gegen den Schuldner, der das indebitum in der That empfangen hat, nämlich in der Person seines Gläubigers.

9) Steht die Condiction auch demjenigen zu, welcher in fremdem Namen gezahlt hat, oder nur demjenigen, in dessen Namen gezahlt wurde?

9a) Wenn ein Procurator eine Nichtschuld eingehoben hat, ist dann die Rückforderungsklage gegen ihn oder gegen den Gewaltgeber zu richten?

10) Kann auch vom dritten Besitzer die irrthümliche Leistung zurückgefordert werden?

11) Wie ist das Beweisthema und die Beweislast bei der condictio indebiti zu bestimmen?

12) Findet die Condiction in dem Fall, wenn derjenige, welcher wegen einer Schuld in Anspruch genommen wird, auf deren Ableugnen das Doppelte steht, das Einfache bezahlt hat, ohne es schuldig zu seyn, auch heutzutage nicht statt? und ebenso, wegen eines aus bloßem Irrthum an eine Kirche oder milde Stiftung ausgezahlten Legats?

13) Findet die Condiction statt, wenn ich in der irrigen Meinung einer empfangenen Wohlthat eine Remuneration gegeben habe?

14) Kann auch gegen einen Pupillen oder Minderjährigen das aus Irrthum Gegebene condicirt werden?

15) Kann auch das, was der Schuldner meines Schuldners mir bezahlt hat, als behauptetes indebitum von Jenem condicirt werden?

16) Gilt ein Verzicht auf die condictio indebiti und ist derselbe rechtlich bindend?

17) Kann sich der Condicirende zum Beweis der Nichtschuld auch der Eideszuschiebung bedienen?

Zu 1) Die Dienstleistung wird in diesem Falle zu Geld angeschlagen, und die Klage auf Vergütung des Werths derselben gerichtet, soweit der Beklagte Nutzen davon gehabt hat; l. 26. §. 12. l. 40. §. 2. D. 12. 6. — l. 3. l. 6. C. 6. 3. — l. 1. C. 11. 49., Schmidt Comm. üb. s. Vaters Lehrb. v. gerichtl. Klagen u. Einr. Bd. V. §. 1362. S. 322., Gmelin D. de condict. facti indebite praestiti. Tubing. 1769., Glück Thl. XIII. S. 154.

Zu 2) Nach l. 1. pr. D. 36. 4. ist die Condiction hier nicht nur unbezweifelt zulässig, sondern auch sogar besonders begünstigt, denn so lange noch nichts gegeben ist, wird die Zurückforderung nicht

nur im Fall eines thatsächlichen, sondern auch eines Rechtsirrthums gestattet.

Zu 3) Hier ist in l. 1. C. 4. 5., vergl. mit l. 7. D. 12. 6., die verneinende Entscheidung auf das Bestimmteste ausgesprochen. Die gegen deren heutige Anwendbarkeit erhobenen Zweifel sind bereits in §. 265. Fr. 2. beseitigt worden, und man findet wohl die gesetzliche Bestimmung auch durch den Gerichtsbrauch bestätigt; Stryck Us. mod. Lib. 12. tit. 6. §. 2., Hommel Rhaps. Vol. I. obs. 28., Kind Qu. for. T. IV. Cap. 46. pag. 251., Glück Thl. XIII. §. 835. S. 158., v. Quistorp rechtl. Bemerk. Bd. I. no. 73., Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 896., Leyser Sp. 148. med. 9. (wo auch die älteren Dissentienten angeführt sind), Bucher R. d. Ford. §. 106. S. 367. Anm. 8., Höpfner Institt. §. 956., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 1847., Walch controv. j. c. Sect. III. c. 6. §. 12., Fr. Becmann. Cons. et Dec. P. II. pag. 236. no. 22. 23. Seuffert's Archiv XIII. No. 97. XV. No. 132.

Damit soll jedoch nicht gesagt seyn, daß auch Verzugszinsen ausgeschlossen wären.*) In diesem Punkt nämlich weicht allerdings das neuere vom älteren Recht ab. Das R. R., welches aus dem Darlehn (außer dem Fall eines besonderen Nebenvertrags) keine Zinsen gestattete, konnte, indem es die cond. indeb. als Analogon der cond. ex mutuo behandelte, auch jene nicht auf Zinsen erstrecken, wogegen nach deutschem Recht auch beim Darlehn Verzugszinsen gefordert werden können; s. Deputations-Abschied v. J. 1600. §. 130. u. J. R.-A. §. 174. Man muß daher auch bei der cond. indeb. eine Verbindlichkeit dazu vom Eintritt des Verzugs an statuiren; v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 298. (§. 238.) der 4ten Aufl., Thibaut System §. 635. (Ed. 8.). Gewöhnlich setzt man diesen Zeitpunkt a tempore litis contestationis oder post judicium acceptum. Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 558., v. Hartitzsch Entscheid. no. 100., Gottschalk Discept. for. T. II. Cap. X. pag. 137., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 54., Kind Qu. for. T. II. Cap. 52., wogegen jedoch von Glück Thl. XIII. S. 162., Emminghaus ad Cocceji jus controv. civ. T. II. pag. 209., Westphal

---

*) Wie gleichwohl Mehrere dafür halten, Höpfner Inst. §. 956., Seuffert Pand.-R. Bd. II. S. 365., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 381. (Ed. 3.), jedoch nur mit der richtigen Einschränkung sc. ex Romanorum jure, und ohne dem entgegengesetzten deutschen Gerichtsbrauch das Uebergewicht zu bestreiten; s. Anm. 7. ib., Berger Oecon. for. Lib. III. t6 ʇı. th. 7. not. 6., v. Quistorp rechtl. Bemerk. pag. 239.

öffentl. u. Privatrechtsgutachten Bd. I. S. 80., Braun Erörter. zu Thibaut §. 976. u. Hufnagel Mittheil. no. 23. mit Recht bemerkt wird, daß man nicht allgemein annehmen könne, schon die erhaltene Klagmittheilung bewirke malam fidem, wofern nicht solche Umstände beigebracht werden, durch welche wirklich mala fides constatirt wird; l. 24. D. 22. 1. — l. 40. pr. D. 5. 3. — In einem Erk. d. O.-A.-G. zu Dresden wurde der Anspruch auf Verzugszinsen von dem Ablauf von 10 Tagen nach außergerichtlicher Anerkennung, daß Beklagter eine bestimmte Summe indebite empfangen, als begründet erachtet, vermöge l. 21. §. 1. D. 13. 5., s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1841. S. 227. Uebereinstimmend ist das Obertribunal in Stuttgart, s. Hufnagel a. a. O.

Zu 3 a) Unbestritten kann derjenige, welcher, fälschlich glaubend, er schulde ein Capital, Zinsen bezahlt hat, diese condiciren, l. 26. §. 2. D. 12. 6. Bestritten ist aber die Frage, ob die aus einem unverzinslichen Capital bezahlten Zinsen nicht nur dann, wenn die Zahlung wissentlich geschehen war, sondern auch, wenn sie aus Irrthum bezahlt waren, von der Condiction ausgenommen seyen? Zwar versagt desfalls l. 26. pr. cit. die Condiction ausdrücklich, indem sie die nicht schuldige Leistung einem Gefühl der Dankbarkeit zurechnet. Diese Bestimmung halten aber Mehrere durch l. 18. C. 4. 32. für aufgehoben; Schweppe a. a. O. Bd. III. §. 617., Höpfner Institt. §. 954. Anm. 1., Seuffert Beitr. S. 122. no. 49., Glück Thl. XIII. S. 98., Thibaut System §. 632. Wie irrig diese Meinung sey, zeigt augenscheinlich v. Vangerow a. a. O. Bd. I. §. 76. Anm. 2., welchem Sintenis Civilr. Bd. II. §. 87. Anm. 58. beistimmt. Die l. 18. cit. ist keineswegs im Widerspruch mit l. 26. pr. cit., denn sie bezieht sich auf einen ganz anderen Fall, nämlich auf die Zurückforderung der über das gesetzliche Maaß bezahlten Zinsen. Diese konnten, wenn sie wissentlich bezahlt worden waren, nach älterem Recht nicht unmittelbar condicirt, sondern nur auf das Capital abgerechnet werden, ita ut minuerent sortem. Darnach hätte aber das Zinsenverbot gar keine Wirkung gehabt, wenn das Capital schon bezahlt war, mithin usurae minuere sortem non potuerint. Diesem Uebelstand war man, wie aus l. 26. pr. D. 12. 6. schon zu entnehmen ist, abzuhelfen bemüssigt, indem man dann doch der Repetition Statt gab: poterit dici, et tunc repetitionem locum habere, und dies bestätigt nun l. 18. C. 4. 32. exclusa veteris juris varietate. [Vergl. dazu Witte Bereicherungsklagen S. 75.]

Hat eine privilegirte Person Zinsen doppelt gezahlt, so hat sie

zwar die aus Irrthum wiederholte Zahlung, nicht aber die Nichtexistenz einer doppelten Forderung zu beweisen; Hufnagel Mittheil. Bd. I. no. 23.

Zu 4) Nicht nur, was aus einer nichtigen Verbindlichkeit gezahlt wurde, ist ein indebitum, sondern auch, was aus einer zwar nach strengem Recht fortbestehenden Verbindlichkeit, welche aber durch eine ihr entgegenstehende exc. perpetua in eine obligatio inefficax verwandelt werden konnte, gezahlt worden ist; l. 26. §. 3. u. 7. l. 40. pr. §. 2. l. 43. D. 12. 6. Ausnahmsweise ist jedoch im letzteren Fall — wie schon bemerkt wurde — die Condiction demjenigen Schuldner versagt, welcher von der ihm zuständigen exc. competentiae keinen Gebrauch gemacht hat, l. 8. l. 9. D. 12. 6., Heimbach in Weiske's Rechtslex. S. 890., überhaupt demjenigen, welcher nur eine Temporal-Exception für sich hat*). Auch ist ein Unterschied zu machen, ob eine Verbindlichkeit zum Schutz der Person, die sie anging, aus Rücksicht ihrer beschränkten Fähigkeit vom Gesetz reprobirt ist, wie z. B. durch das Sct. Vellejanum, oder zur Strafe desjenigen, welcher eine solche Verbindlichkeit gar nicht hätte erzeugen sollen, wie bei dem Sct. Macedonianum der Fall ist. Die Ehefrau kann im ersten Falle allerdings das Gezahlte condiciren, denn die weibliche Schwäche läßt annehmen, daß nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit vorhanden gewesen sey; der Haussohn, welcher dem Darleiher den rechtlichen Nachtheil nicht zufügen wollte, welcher ihn nach den Gesetzen getroffen hätte, hat immerhin eine natürliche Verbindlichkeit erfüllt, und kann deshalb nicht zurückfordern, was er, nachdem er selbst Hausvater geworden,

---

*) Dabei ist indessen zu distinguiren: z. B. was auf einen gewissen Tag gezahlt werden muß, kann, wenn es früher gezahlt wurde, nicht zurückgefordert werden; l. 10. D. 12. 6. Hier erscheint also eine bloße Temporal-Exception nicht zur Condiction geeigenschaftet. Einem gewissen Termin wird hierin auch ein solcher gleichgeachtet, welcher gewiß eintreten muß, und von welchem nur ungewiß ist, wann er eintreten wird, l. 17. ib. In Ansehung einer bedingten Verpflichtung, welche vor Eintritt der Bedingung erfüllt wurde, gilt dasselbe. Ist nämlich die Bedingung eine solche, welche jedenfalls eintreten muß, so kann das Gezahlte nicht condicirt werden, l. 18. ib. l. 9. §. 1. D. 46. 2., wohl aber dann, wenn es ungewiß, ob die noch schwebende Bedingung je eintreten werde; l. 16. u. 18. D. 12. 6. Wenn eine temporäre Exception nach Gestaltung der Umstände zu einer immerwährenden werden kann, so kann das voreilig Gezahlte auch condicirt werden; l. 56. D. 12. 6. — Z. B. ich bin nicht eher zu zahlen schuldig, als bis Titius Consul wird. Da nun Titius sterben kann, ohne Consul zu werden, so trägt die Temporal-Exception eine möglicherweise perpetuirliche in ventre.

gezahlt hat; l. 19. l. 40. pr. D. 12. 6., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 16. Dem ist auch l. 38. D. 12. 6. frater a fratre (eine der 7 leges damnatae) nicht entgegen, s. die erschöpfende Erklärung bei Voet Comm. ad Pand. Lib. XII. tit. 6. no. 20., Glück Thl. XIII. S. 88. und die deutsche Uebers. des Corp. jur. Bd. II. S. 68. Anm. 78—83.

Eine natürliche Verbindlichkeit ist bekanntlich nicht aller Wirksamkeit, sondern nur der Klagbarkeit beraubt, mithin schließt hier, wie überall, wo dem Schuldner nur keine petitio, wohl aber eine retentio zusteht, die dem Empfänger zustehende soluti retentio die Condiction des Gegebenen aus, l. 19. l. 64. D. 12. 6., ausgenommen, wenn die Naturalobligation jure civili gänzlich reprobirt ist, s. oben §. 206. (S. 7.) Fr. 1. u. 2. — Wenn man im Falle der Verjährung eine obligatio naturalis remanens annimmt,*) so kann man auch nicht behaupten, daß die aus Irrthum geschehene Zahlung einer verjährten Schuld die cond. indebiti begründe; Brinkmann wissenschaftl. prakt. Rechtskunde Bd. I. S. 144., Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 16. no. 8. S. 528. u. 557. Neue Ansichten über das Verhältniß der naturalis obligatio zur cond. indeb. findet man bei Renaud im civilist. Archiv Bd. XXIX. S. 431 ꝛc.

Zu 5) Man könnte wohl glauben, in einem solchen Fall hätte sich der Zahlende mittels eines Vorbehalts vorzusehen gehabt, s. l. 2. pr. D. 12. 6., und bei dessen Unterlassung müsse seine Zahlung als vergleichsweise geschehen angenommen werden. Allein Letzteres könnte wohl nur bei einer Ungewißheit über das Recht gedacht werden, welche gewöhnlich ohne Einfluß wäre, da regelmäßig die Condiction nur durch error in facto begründet werden kann, und gegen das erstere Bedenken prävalirt das Princip der Billigkeit, welches dieser Condiction gegen den sich mit dem Schaden des Andern ohne rechtlichen Grund Bereichernden überhaupt wesentlich zum Grunde liegt. Die Condiction wird daher auch dem gegeben, welcher incerto animo

*) Ueber diese Streitfrage s. Bd. I. §. 19. Fr. 16. Unterholzner a. a. O. S. 528. distinguirt: wo die Verjährung nach Art einer vertragsmäßigen Zeitbestimmung wirkt, insbesondere wo das prätorische und ädilische Edict die Ansprüche ex contractu oder quasi ex contractu auf eine gewisse Frist beschränkt haben, ist kein genügender Grund vorhanden, nach deren Ablauf noch eine natürliche Verbindlichkeit anzunehmen, wohl aber dann, wenn die Verjährung nicht sowohl die Schuldverpflichtung beschränkt, sondern gewissermaßen wie eine Privatstrafe wirkt, damit der Gläubiger genöthigt werde, seinen Anspruch nicht lange zu verschieben.

die Leistung vorgenommen hat; l. 11. C. 4. 5., Cocceji jus controv. Lib. XII. tit. 6. qu. 15., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 38. Anm. p., Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 892. Indessen glauben Einige nach dem Grundsatze animus in mente retentus nil operatur wenigens dieses voraussetzen zu müssen, daß der Zahlende und nun Condicirende die Zahlung ausdrücklich als eine solche erklärt habe, deren Verbindlichkeit er nicht unbedingt anerkenne; Kritz Pand.-R. Bd. III. S. 15.

Zu 6) Die Verschiedenheit der Meinungen über den Einfluß von Irrthum und Unwissenheit auf Rechtsgeschäfte wurde bereits im Bd. I. §. 37. Fr. 14. in Betracht gezogen. Wie dort schon bemerkt wurde, haben

a) diejenigen Rechtslehrer, welche zwischen Unwissenheit und Irrthum in Thatsachen und im Recht keinen Unterschied in Beziehung auf Zulässigkeit der Condiction annehmen, wie außer den dort angeführten auch v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 295. (§. 237.) und Kritz Samml. von Rechtsfällen Bd. I. S. 244. Bd. IV. S. 373. gethan hat,*) wenigstens zur Zeit die herrschende Meinung sehr gegen sich.

---

*) Für diese hauptsächlich von Mühlenbruch im civilist. Archiv Bd. II. S. 423. vertheidigte Meinung wird vorzüglich angeführt l. 1. pr. D. 36. 4. numquid condicere possit, qui jus ignoravit? adhuc tamen benigne quis dixerit — condici posse. Man sieht hier jedoch den Juristen zwischen Recht und Billigkeit schwanken. Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 37. Anm. e. erklärt diese Stelle also: Regel war es, daß der Rechtsirrthum das Zurückforderungsrecht ausschließt, weil aber erst vor Kurzem Marc-Aurel bestimmt hatte, daß es dem Erblasser verstattet seyn solle, die Sicherstellung zu erlassen, so solle es in dem vorgetragenen Falle, wo Jemand eine im Testament erlassene Caution in der Meinung geleistet hat, daß der Testator nicht befugt gewesen sey, sie zu erlassen, vorläufig (adhuc) entschuldigt werden, wenn Jemand sich im Rechtsirrthum befunden habe. Dagegen deducirt Renaud im civil. Archiv Bd. XXIX. S. 174. Anm. 36., daß zu dieser Zeit die angeführte Bestimmung keineswegs mehr ungewisses Recht seyn konnte. Andere erklären diese Entscheidung als eine Ausnahme ob favorem testamentorum, Glück Thl. XIII. S. 145. — Bestimmter ist l. 5. C. 4. 5. Si a patre emancipatus ei non intra tempora praestituta jure honorario successisti: quicquid indebitum postea per errorem (utpote patris successor) dedisti, ejus condictionem tibi competere non est incerti juris. Hier hatte der Sohn augenscheinlich über sein Rechtsverhältniß geirrt, man will aber diese Stelle deswegen nicht zu Gunsten des error juris gelten lassen, weil der Fall irriger Subsumtion des Thatsächlichen unter die Gesetze dem error facti zuzurechnen sey. Andere Gesetzstellen, welche für Zulässigkeit der Condiction auch im Fall eines Rechtsirrthums zu sprechen scheinen, z. B. l. 38. D. 12. 6. — l. 17.

b) Mehreren Beifall finden diejenigen, welche zwar einen Unterschied zwischem factischem und Rechtsirrthum in den rechtlichen Wirkungen anerkennen, aber keinen absoluten, so daß eben nirgend eine Regel ohne Ausnahme besteht, vielmehr Alles davon abhängt, ob der Irrthum ein entschuldbarer sey, oder nicht. Gleichwie nämlich die Regel, daß factischer Irrthum oder Nichtwissen von Thatsachen Entschuldigung erheische, mithin zur Zurückforderung des irrig Geleisteten berechtige, je nach Umständen eine Ausnahme bei dem Irrthum über eigene Thatsachen leidet (s. Bd. I. §. 37. Fr. 18.), ebenso auch die Regel, daß der Rechtsirrthum nicht verziehen werde, eine Ausnahme in Fällen leiden müsse, wo es schwer oder unmöglich war, ihn zu vermeiden, mithin sowenig man sagen könne, Thatsachen sey man niemals zu wissen schuldig, ebensowenig könne man behaupten: was Rechtens sey, müsse man immer wissen. Die angesehensten neueren Rechtslehrer erkennen die Möglichkeit eines entschuldbaren Rechtsirrthums und mit ihr auch die Zulässigkeit der Condiction wegen Rechtsirrthum an.*) Der Unterschied zwischen der Wirksamkeit des thatsächlichen und des Rechtsirrthums läge dann blos darin, daß bei erwiesenem factischen Irrthum gegen denjenigen, welcher sich darauf beruft, eine grobe Nachlässigkeit bewiesen werden müßte, indem nur diese die Condiction auszuschließen vermöchte, wogegen derjenige, welcher sich auf einen Rechtsirrthum beruft, sich eo ipso als schuldhaft darstellt, und also von der Condiction so lange ausgeschlossen bliebe, als er nicht durch den Beweis ungewöhnlicher oder außerordentlicher Umstände seinen Irrthum zu entschuldigen im Stande ist.**)

§. 10. D. 50. 1. — l. 16. §. 2. D. 4. 4. — l. 10. C. 4. 5. — l. 16. §. 4. D. 39. 4. — l. 37. D. 34. 2. — l. 79. D. de leg. II. (31.) — l. 20. pr. D. 10. 2. beseitigt man entweder gleichfalls aus dem Grund, weil in den betreffenden Fällen ebensogut ein factischer als ein Rechtsirrthum vorausgesetzt werden könne, v. Savigny Syst. Bd. III. S. 460., oder man läßt sie nur als Ausnahmen von der Regel gelten, insbesondere l. 32. §. 1. l. 38. l. 40. pr. l. 43. l. 54. l. 59. D. 12. 6., Glück a. a. O. S. 139 2c.

*) Glück Thl. XIII. S. 151., v. Savigny Syst. Bd. III. S. 447., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 83. Anm. 2., Puchta Pand. §. 57. u. 309., Claussen in der Holsteinisch. jurist. Zeitschrift Jahrg. 1844. H. I. S. 164., Christiansen zur Lehre v. d. natur. obl. u. condict. indeb. Kiel 1844. S. 69.

**) Vergl. v. Savigny a. a. O. S. 335. u. 447., Thibaut Syst. §. 633., Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 892., Glück a. a. O.

Als Fälle entschuldbaren Rechtsirrthums werden gewöhnlich angegeben: a) wo es auf Kenntniß von Statuten und Gewohnheiten oder Singularrechten ankommt, c. 1. de constit. in VIto. (1. 2.); oder auch b) auf controverse Rechtssätze, über welche die Rechtsgelehrten selbst nicht einig sind; c) wenn man nicht Gelegenheit hatte, rechtliche Belehrung einzuholen; l. 9. §. 3. D. 22. 6. — cf. l. 10. D. 37. 1. — l. 2. §. 5. D. 38. 15. — d) wenn der Irrthum nicht den Inhalt der Rechtsregel betrifft, vielmehr die Subsumtion eines verwickelten Falles unter die einschlagende Rechtsregel besonders schwierig ist, s. l. 38. D. 12. 6. (was übrigens v. Savigny Syst. Bd. III. S. 338. in die Kategorie des factischen Irrthums setzt); e) wenn der Empfänger den Irrthum veranlaßt oder wenigstens wissentlich geduldet hat, Glück Thl. XIII. S. 151., v. Savigny a. a. O.; vergl. die in Reinhard's Ergänzungen zu Glück Bd. IV. S. 429. angeführten Erkenntnisse K. Sächsischer Gerichte. Z. B. A. hatte dem B. Ao. 1847. ein Grundstück abgekauft und dabei diesem für alle Zukunft 5proc. Lehnwaare zugesichert, diese Last aber in der Folge Ao. 1849. mit einer Summe von 50 Thlrn. abgelöst. Nun war aber schon durch ein Gesetz v. J. 1846. verboten, Lehnwaaren-Verpflichtungen zu constituiren. Er condicirte deshalb die aus Unkenntniß bezahlte Ablösungssumme von 50 Thlrn. und seiner Condiction wurde Statt gegeben; s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1852. S. 426. Abweichende Ansichten s. Rehrhoff Archiv Bd. I. S. 189. Wenn man nun aber auch kein Bedenken trägt, den Rechtsirrthum mit dem factischen im Allgemeinen auf gleiche Linie in der eben näher bezeichneten Art zu stellen, so erhebt sich doch noch ein weiterer Zweifel,

c) ob der Wirksamkeit des Ersteren nicht wenigstens eine engere Grenze gesetzt werden müsse? — Mag nämlich auch immerhin der Irrthum in jure ebenso, wie in facto gegen Erfüllung einer eingegangenen Verbindlichkeit, welcher es an dem rechtlichen Grund fehlte, schützen, soll denn aber sein Einfluß sich auch so weit erstrecken, sogar die Zurückforderung der schon

S. 149., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 3088., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 27., Puchta Vorles. Bd. II. S. 157., Sintenis pr. Civilr. Bd. II. §. 109. Anm. 54., Erxleben die condictiones sine causa, Abth. I. §. 8. [In diesem Sinne hat sich auch das O.-A.-G. zu Lübeck ausgesprochen: Seuffert's Archiv XIII. No. 254.]

geleisteten Erfüllung zu bewirken? Eine vollkommene Gleichstellung des error juris und facti scheint doch den römischen Gesetzen gar zu sehr entgegen. Wenn man — sagt Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 259. — die beiden gesetzlichen Regeln: juris ignorantia non prodest acquirere volentibus und juris error in damnis amittendae rei suae non nocet gegen einander stellt, und nun in Betrachtung zieht, daß bei der cond. indeb. nicht die Rede von Verhinderung des Eigenthumsverlustes, sondern umgekehrt davon, daß durch eine Obligation der Werth des schon verlorenen Eigenthums wieder erworben werde, daß es sich also in der That um ein acquirere handelt, so möchte man geneigt seyn, anzunehmen, daß nach einer richtigen Auslegung des R. R. der error juris zur Begründung der Condiction allerdings ungenügend sey, wie dies in l. 9. C. 6. 50. und l. 10. C. 1. 18. wörtlich ausgesprochen ist: si jus ignoraverit, cessat repetitio, und per ignorantiam facti tantum repetitionem soluti competere, tibi notum est. Dies ist auch wohl die am meisten verbreitete Meinung, Voet Comm. ad Pand. Lib. XII. tit. VI. no. 7., Fr. Becmann. Cons. et Dec. P. I. pag. 86. no. 16. u. 17., Schilling Lehrb. f. Instit. Bd. I. §. 22., Seuffert Erört. einzelner Lehren des röm. Privatr. Abth. I. S. 74., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 553., Mackeldey Lehrb. §. 469., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XII. tit. VI. §. 18., Walch Controv. jur. civ. pag. 676. (Ed. 3.) et ibi cit. Struv, Schilter, Markard. — Glück Thl. XIII. S. 135. erklärt dieses für die gemeine Meinung. Die Uebereinstimmung des Sächs. Gerichtsbrauchs hiermit bezeugt Kritz Samml. von Rechtsfällen Bd. IV. S. 374., vergl. ibid. Bd. III. S. 1. und Bd. I. S. 244. Vergl. Arndts Pand. §. 341. Anm. 5.

d) Auf dem reinen Standpunkt der Rechtsphilosophie, von welchem die neueren Gesetzgebungen ausgehen, findet man merkwürdiger Weise weder den Unterschied zwischen error juris oder facti, noch den von Höpfner Institt. §. 954. u. A. hervorgehobenen, dagegen von v. Savigny Syst. Bd. III. S. 349. Anm. g. und l. und S. 447. Anm. a. für unbrauchbar erklärten Unterschied, ob es sich um Gewinnen oder Verlieren handle, noch die Distinction zwischen grobem oder entschuldbarem Irrthum, sondern ein höheres Princip an die Spitze gestellt. Die Herrschaft des Rechts ist nämlich verletzt, wenn

Jemand hat und behalten darf, was ihm nicht gehört. Von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet, vergl. Bd. I. §. 37. zu Fr. 16., ist es dann, wenn Jemand zahlte oder leistete, was er nicht schuldig war, völlig gleichgiltig, ob er über Thatsachen oder über das Recht irrte, denn wenngleich Niemand sich mit der Entschuldigung einer Gesetzesunwissenheit von der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten loszählen kann, so ist doch kein Grund vorhanden, warum ein Dritter, dem überdies fast immer ein gleicher Rechtsirrthum, wenn nicht gar Unredlichkeit zur Last fällt,*) daraus einen Vortheil ziehen soll. Suum cuique tribue! So das Oesterreichische bürgerl. Gesetzbuch Art. 1431.; vergl. v. Zeiller Comm. Bd. IV. S. 156. So verordnet auch Frankreichs Code civil, ohne zwischen factischem oder Rechtsirrthum zu unterscheiden, im Kap. des quasi-contrats Art. 1376—1379., vergl. mit Art. 1235.: wer aus Irrthum oder wissentlich etwas empfängt, was ihm nicht zukommt, selbst nicht wegen einer natürlichen Verbindlichkeit, ist obligirt, es dem zurückzugeben, von welchem er es indebite erhielt. Ebenso d. Preuß. Landr. Th. I. Tit. 16. §. 178—181. Daß im Sinn desselben auch die Condiction einer aus Rechtsunwissenheit irrthümlich geleisteten Zahlung gestattet sey, ist noch besonders durch einen Plenar-Beschluß des geh. Obertribunals vom 19. October 1840 außer Zweifel gesetzt, s. Minister.-Bl. 1841. S. 48., Koch a. a. O. S. 327. Anm. 45. Der schon Ao. 1825. erschienene Commentar von Bielitz Bd. III. S. 607. §. 181. konnte von diesem Beschluß noch nichts erwähnen. Um so interessanter ist es, die allerneuesten Schriftsteller in dieser Materie auch nach R. R. zu dem nicht nur rationellen, sondern auch quellenmäßigen Ergebniß gelangen zu sehen, daß es bei der cond. indeb. auf einen Unterschied zwischen error juris oder facti nicht ankomme. Renaud im civilist. Archiv

*) Zu einem Beispiel dient folgender Fall: Eine Mutter hatte ein ihren Kindern gehöriges Staatscapital ohne Obervormundschaftliche Genehmigung einem Privaten cedirt, an welchen die Staatscasse auch wirklich sofort die Zahlung leistete. Als in der Folge die Cession als ungiltig erklärt und die Staatscasse zur nochmaligen Zahlung, nämlich an die Kinder, verurtheilt worden war, repetirte sie die Zahlung vom Cessionar, und es wurde angenommen, daß ihr hierzu entweder condictio generalis sine causa l. 58. D. de solut. oder condictio specialis indebiti l. 65. §. ult. D. de cond. indeb. zustehe; Fr. Becmannor. Cons. et Decis. I. pag. 413. no. 22. u. 23.

Bd. XXIX. S. 147. beweist vorzüglich aus l. 2. D. 5. 1. — l. 19. D. 39. 5. — l. 8. C. 1. 18. — l. 79. D. de legat. II. (31.) den Satz, daß die aus der irrthümlichen Ansicht von der Existenz einer juristischen Verbindlichkeit entsprungene Handlung eine ungiltige sey; mit andern Worten: wenn ich aus einer vermeintlichen juristischen Nothwendigkeit, also eigentlich nur aus dem vermeinten Willen des Gesetzes handle, dieser aber gar nicht vorhanden ist, so muß mein auf jenen gestützter, vermöge der irrigen Voraussetzung unfreiwilliger, nur aus einem vermeinten Gesetzeszwang hervorgegangener Willensentschluß als nicht geschehen betrachtet werden; es ist demnach durch den blos scheinbaren Willen keine juristische Handlung hervorgebracht, welche irgend einen Erfolg haben könnte. Die cond. indeb. hat ihren Grund nicht eigentlich darin, daß der Zahlende geirrt hat, sondern darin, daß der Empfänger ohne eigenen Willen des Zahlenden und ohne gesetzlichen Grund überhaupt bereichert worden ist; Gaj. III. §. 91. Folgt man aber diesem Princip, so muß man freilich auch beim factischen Irrthum den Unterschied zwischen leichtem und grobem Irrthum aufgeben, wie das Obertribunal in Stuttgart, vorzüglich mit Bezug auf l. 3. pr. D. 22. 6. — l. 7. D. 16. 1. — l. 5. §. 1. D. 41. 10., gethan hat, Seuffert's Archiv Bd. VII. S. 68. Ebenso beim error juris, wenn nur der Fall so beschaffen ist, daß der Empfänger sich mit dem Schaden des Zahlers bereichert; s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1849. S. 57. Die meisten Gesetzstellen im Pandectentitel de cond. indeb. gewähren übrigens die Condiction ohne Unterschied zwischen error juris oder facti schlechthin dem falso existimans l. 12. l. 19. §. 1. D. 12. 6., dem ignorans l. 47. l. 53. l. 67. pr. D. 12. 6. — l. 1. l. 7. l. 16. l. 22. §. 1. l. 32. l. 47. l. 59. ibid., womit auch andere Pandectenstellen, z. B. l. 17. §. 10. D. 50. 1. — l. 16. §. 14. D. 39. 4., übereinstimmen. Ebenso die Stellen des Codex l. 1. 3. 5. 10. C. 4. 5.; die l. 6. u. 7. ib. spricht zwar in concreten Fällen von einem error facti, dadurch ist aber error juris nicht ausgeschlossen, welcher vielmehr in l. 1. pr. D. 36. 4. — l. 40. §. 1. D. 12. 6. speciell vorkommt. Man wird auch des Verf. Interpretation der auf den ersten Blick entgegenstehenden l. 10. C. 1. 18. — l. 2. C. 2. 33. — l. 9. §. 5. D. 22. 6. kaum den Beifall versagen können. Zu dem nämlichen Resultat

gelangt auch Herrmann in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. III. S. 87. Er erkennt eigentlich nur die l. 10. cit. als unzweifelhaft für die entgegengesetzte Ansicht sprechend, und räumt dagegen denjenigen Gesetzstellen, welche jede aus Irrthum erfolgte Zahlung einer Nichtschuld ohne Rücksicht auf dessen Art und Inhalt für hinreichend zur Anstellung der Condiction erkennen, nicht allein wegen ihrer Mehrzahl, sondern auch, weil sie dem Wesen des Irrthums und seinem Einfluß auf das Recht überhaupt ganz entsprechen, das Uebergewicht ein.

e) Ueber besondere persönliche Begünstigungen, in Ansehung des Rechtsirrthums, ist bereits in Bd. I. §. 37. zu Fr. 21. das Nöthige bemerkt worden; vergl. Walch controv. jur. civ. pag. 678. Pupillus, quod sine autoritate tutoris solvit, condictione indebiti repetere potest — insbesondere in Ansehung der Frauenspersonen, Soldaten, Bauersleute ꝛc., Glück Thl. XIII. S. 130., v. Savigny a. a. O. S. 427. 439 —450. Dürfte, was die Letzteren betrifft, der Begriff von Rusticität nur auf den Bauernstand gleichsam privilegiato modo bezogen werden, so könnte wohl h. z. T. umsoweniger ein jus singulare darauf gebaut werden, als die Landleute sogar der Landstandschaft fähig sind und an der Gesetzgebung Theil nehmen.

Zu 7) Man muß von dem Grundsatz ausgehen, daß derjenige, welcher Gründe hat, zu glauben, daß er über gewisse Güter schalten könne, nur insoweit verantwortlich sey, als er reicher dadurch geworden ist, mithin, wenn fungible*) Sachen gegeben worden sind, welche nicht mehr existiren, nur insofern, als der Empfänger dafür erworben, oder durch das Ausgeben derselben erspart hat; l. 7. §. 3. D. 24. 1. — cf. l. 47. §. 1. D. 46. 3.**) Ist das gegebene Capital durch

*) Zwischen fungiblen und nicht fungiblen Sachen einen Unterschied zu machen, wie von Manchen geschieht, Donell. Comm. Lib. XIV. cap. 18. §. 13., ist nicht rationell, Wächter im civilist. Archiv Bd. XV. S. 122., v. Vangerow a. a. O. §. 625. Anm. 3., Sell de condiction. quaest. duae. pag. 126.

**) Dahin geht wenigstens die gewöhnliche Lehre, welche aber von Erxleben, die cond. sine causa §. 12., einen bedeutenden Angriff erlitten hat. Der Verf. sagt: das Gesetz spreche uneingeschränkt: quod indebitum per errorem solvitur, aut *ipsum* (nämlich wenn es eine species ist) aut tantundem (wenn es eine fungible Sache ist) repetitur; l. 7. D. 12. 6. — l. 25. D. 19. 5. Dagegen kann l. 26. §. 12. u. l. 65. §. 7. D. 12. 6. nicht entscheiden, denn da trifft das allein Condicirbare, nämlich der Werth nur zufällig

Ausleihen verloren gegangen, so braucht er es nicht zu restituiren, wenn er gleich Zinsen davon bezogen hat; l. 15. u. 16. D. 24. 1. Hat also der Empfänger den Gegenstand nicht mehr, so haftet er nur, insoweit seinem Vermögen etwas dadurch zugegangen ist, oder insofern er dolos veräußert hat; l. 26. §. 12. D. 12. 6. — l. 15. D. 12. 4. Im letzteren Fall hat der zur Zurückforderung Berechtigte die Wahl, ob er den durch die Veräußerung erlangten Preis, oder den Schätzungswerth verlangen will; arg. l. 19. l. 37. §. 1. D. 39. 6., Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 55., Glück Thl. XIII. S. 160., Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 895. Impensen kann natürlich der Beklagte nach den allgemeinen Regeln über Besitz abrechnen. Die Condiction findet übrigens auch gegen Pupillen statt, wenn der Empfänger ein solcher war, Glück a. a. O. S. 111., Voet Comm. ad Pand. Lib. XII. tit. 6. §. 11., versteht sich auch hier, nur soweit er bereichert ist. Als reipersecutorische Klage muß sie auch gegen die Erben gehen, wenn diese gleich nicht für sich dadurch reicher geworden wären; Glück a. a. O. Anm. 36.

Zu 8) Zu den nothwendigen Bedingungen der Condiction wollen Mehrere dies nicht zählen, Mühlenbruch Lehrb. Thl. II. §. 380., Francke zur Erläut. einz. Rechtsmat. S. 95., indessen war der Empfänger einer Nichtschuld nicht im Irrthum, so war er gewöhnlich in mala fide, und dann wäre er nach römischen Rechtsgrundsätzen wie ein Dieb zu behandeln; l. 18. D. 13. 1. — l. 43. pr. D. 47. 2. Daraus folgt so viel gewiß, daß die Condiction dann als cond. furtiva behandelt werden muß, nicht nur, wenn der Kläger in seiner Klage behauptet, daß ihm der Beklagte wider besseres Wissen die Nichtschuld abgefordert habe, Höpfner Instit. §. 953. Anm. 2., sondern nach der Autorität der meisten Rechtsgelehrten auch schon

---

mit der gegenwärtigen Bereicherung zusammen. Für den Fall einer species indebite soluta wird auch nirgends in den Quellen ausgesprochen, daß hier nur die Haftung in quantum quis locupletior factus est Platz greife. Die Ausnahme, welche bei dem Pupillen, der das indebitum sine autoritate tutoris empfangen hat, stattfindet, gründet sich offenbar nur in der mangelhaften Handlungsfähigkeit des Empfängers. Nur der Fall eines schuldlosen Verlustes, oder einer bona fide geschehenen Veräußerung des indebite Empfangenen macht hier, wie in anderen Fällen, eine Ausnahme; z. B. die Erben des Depositars oder Commodatars, welche die deponirte oder geliehene Sache in der Meinung, sie gehöre zur Erbschaft, verkauft haben, haften auch nur für den Kaufpreis, und nur noch soweit sie von ihm haben, l. 1. §. ult. l. 2. D. 16. 3., deshalb wird aber Niemand behaupten wollen, die act. depos. oder commodati gehe nur auf die Bereicherung.

dann, wenn die Behauptung des Klägers dahin geht, daß der Beklagte wissentlich ein indebitum angenommen hat, wie von Bucher R. d. Ford. §. 105. a. E., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 557., Glück Thl. XIII. S. 74., Thibaut Syst. §. 634., Mackeldey Lehrb. §. 469. u. A. m. bezüglich der l. 80. §. 5. 6. D. 47. 2. — l. 38. §. 1. D. 46. 3. — l. 43. pr. D. 47. 2. — l. 18. D. 13. 1. angenommen wird.

Nach diesem Princip muß man auch die Behauptung Einiger, daß die cond. indeb. mit der cond. furtiva electiv concurrire, widersprechen. Beide sind nämlich geradezu divergirend, denn die cond. furtiva setzt voraus, daß der Condicirende noch Eigenthümer der Sache sey, dem Eigenthümer steht aber niemals eine andere Condiction, außer der cond. furtiva, zu. Man darf daher die von Schweppe a. a. O. Bd. III. S. 560. für seine entgegengesetzte Meinung angeführte l. 37. D. 12. 6. (wo es heißt: eine cond. finde statt, sive scisses, sive ignorasses), nur so verstehen, daß im ersten Fall an die cond. furtiva, und im zweiten an die cond. indebiti zu denken sey; Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 39. Anm. d., Braun Dictaten zu Thibaut §. 975., Heimbach a. a. O. S. 894. — Zur Literatur dieser Controverse (s. Glück a. a. O., Sell de condictionibus quaestiones duae. pag. 3 – 8.), ist vorzüglich zu bemerken: Francke Beitr. a. a. O. Abh. 4., welcher die Annahme, daß jedesmal durch wissentliche Annahme nicht geschuldeter Gelder ein furtum begangen werde, bestreitet, und dagegen v. Vangerow's umfängliche Vertheidigung der herrschenden Lehre, wonach in der wissentlichen Annahme einer Nichtschuld stets ein furtum enthalten ist; s. dessen Pand. Bd. III. §. 625. Anm. 1.

Zu 9) Die Klage steht nur demjenigen zu, in dessen Namen die Zahlung erfolgt ist, nicht dem, welcher sie in fremdem Namen geleistet hat, l. 6. §. 3. l. 46. l. 57. D. 12. 6. — l. 6. C. 4. 5. — cf. l. 53. D. 12. 6., gleichviel, ob die gezahlten Geldstücke dem, welcher die Zahlung geleistet hat, wirklich angehören, oder nicht; l. 6. §. 3. l. 47. D. 12. 6., Heimbach a. a. O. S. 894. Nur ausnahmsweise wird die Klage auch demjenigen gestattet, welcher in fremdem Namen die Leistung vorgenommen hat, nämlich wenn der procurator in rem suam, als solcher, eine Zahlung leistete, l. 67. §. 2. D. 12. 6., und überhaupt alsdann, wenn dem, der in fremdem Namen zahlte, kein anderes Mittel, kein anderer Weg zur Entschädigung offen steht; l. 6. pr. l. 53. l. 67. §. 1. D. 12. 6., Heimbach a. a. O. — Da kann denn auch die in v. Hellfeld's civilr. Entscheidungen

S. 5. behandelte Frage entstehen: muß ein Irrthum des Geschäftsführers, oder des Principals oder Beider bewiesen werden? welche das Appellat.-Gericht zu Jena dahin entschied: hat der Principal, der sich irrthümlich obligirt hielt, dem Procurator einen speciellen Auftrag zur Zahlung gegeben, so kommt nur der Irrthum des Principals in Betracht. Ist hingegen die Zahlung aus Irrthum des Geschäftsführers veranlaßt, indem ihn z. B. der Principal mit Berichtigung einer wirklichen Schuld beauftragte, er aber dabei vermöge seines eigenen Irrthums mehr zahlte, als der Principal schuldig war, so kommt Alles auf seinen Irrthum an, und dieser muß von dem, welcher die Zahlung zurückfordert, es sey der Geschäftsführer oder der Principal, erwiesen werden; s. auch Seuffert und Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. VIII. S. 334.

Es kann übrigens auch Fälle geben, wo die Condiction einem Dritten zusteht, z. B. im Fall eines testamenti falsi, inofficiosi, rupti können die vom Testamentserben ausgezahlten Legate nur von dem, welcher nach Beendigung des Processes sich als wahrer Erbe herausstellt, condicirt werden; Glück Thl. XIII. S. 72., l. 6. §. 2. D. 12. 6. — Aehnliche Fälle s. l. 5. l. 61. D. 12. 6.

Zu 9 a) Wenn derjenige, welcher als Procurator empfing, keine Vollmacht oder Ratihabition beibringen kann, so geht die Condiction gegen ihn, außerdem aber gegen dessen Gewaltgeber, l. 6. §. 1. u. 2. l. 8. §. 2. l. 57. §. 1. D. 12. 6. — l. 2. C. 4. 5., sowie gegen den adjectus solutionis; l. 34. pr. D. 46. 3., Schweppe a. a. O. Bd. III. S. 556., Heimbach a. a. O. S. 895., Voigt Ueb. die condict. ob causam S. 671.

Zu 10) Die l. 49. D. 12. 6. sagt: his solis pecunia condicitur, quibus quoquo modo soluta est, non quibus proficit. In der Natur der Condiction, als einer persönlichen Klage, liegt es schon, daß sie nicht über des Empfängers Person hinausgehen kann, und indem sie eine wirkliche, nur irrig geschehene Uebertragung in das Eigenthum eines Andern voraussetzt, fällt es in die Augen, daß sie nicht die Natur der Reivindication haben kann, welche voraussetzt, daß der Kläger wirklich Eigenthümer sey. Es ist daher gewiß irrig, wenn Schmidt Comm. über s. Vat. Lehrb. v. Klagen Bd. V. §. 1363. S. 259. meint, die Vindication finde deswegen statt, weil ein error causam dans die Uebertragung des Eigenthums hindere. Das Gegentheil vielmehr lehrt Julian in l. 36. D. 41. 1. Nur wenn der Empfänger bei der Tradition in mala fide war, wird der Eigenthumsübergang durch seinen dolus vernichtet, dann aber findet cond. furtiva

statt, mit welcher die Reivindication electiv concurrirt; Glück Thl. XIII. S. 111.

Zu 11) Man findet gewöhnlich den Satz aufgestellt: der Kläger müsse dreierlei beweisen: 1) die geschehene Zahlung; 2) daß das Gezahlte nicht geschuldet war; 3) daß die Zahlung aus einem bei dieser Klage in Betracht kommenden Irrthum geschehen sey; Francke Beitr. S. 95., Benfey in Linde's Zeitschr. Bd. XIV. S. 201., Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 897., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 259., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 625. Anm. 2., Gesterding Ausbeute von Nachforschungen Th. II. S. 404., Reinhard Ergänz. zu Glück Bd. IV. S. 428., Renaud im civilist. Archiv Bd. XXIX. S. 428. Genau betrachtet kann das Leugnen des Beklagten, welches die Beweispflicht des Klägers zur Folge hat, nur ein zweifaches seyn, nämlich entweder Ableugnen der erfolgten Zahlung, oder der behaupteten Nichtschuldigkeit. — Durch die Leugnung des zweiten Punktes fällt die Voraussetzung eines Irrthums weg, dieser fällt daher nicht mehr als Thatsache in das Bereich des Widerspruchs. Es läßt sich kein rechtlicher Irrthum denken, wenn wirklich ein Recht vorhanden war, wie der Beklagte diesfalls behauptet, und kein factischer, wenn die Thatsache der erwachsenen Verbindlichkeit wirklich bestand, und auch dieses behauptet ja der Beklagte durch seinen Widerspruch gegen die Klage. Wenn man nun doch die Frage aufwirft: muß der Kläger auch noch einen Irrthum beweisen, welcher nach den Gesetzen zu dieser Condiction qualificirt ist, oder genügt es, die Nichtschuld und damit indirect den begangenen Irrthum zu beweisen? so scheint die richtigere Meinung diese: daß in der Regel der Beweis der Nichtschuld genüge, und übrigens schon die rechtliche Vermuthung eintrete: qui solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet, et indebitas effundat; Glück Thl. XIII. S. 113. und die S. 120. Anm. 49. angeführten Schriftsteller, ebend. Thl. XXI. S. 372., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 556., Kritz Samml. v. Rechtsf. Bd. III. S. 1. §. 4—9., Puchta Pand. §. 309., v. Savigny Syst. Bd. III. S. 466., Erk. d. O.-A.-G. zu Lübeck in Seuffert u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. XX. S. 398. no. 3., desgl. des O.-A.-G. zu Dresden s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1848. S. 244. Das Grundprincip ist ja: was man in ehrlicher Weise nicht fordern durfte, das darf man auch nicht behalten, und in keinem Contractsverhältniß erlaubt die bona fides, daß ein Theil aus einem von ihm erkannten Irrthum des andern Theils Gewinn ziehe; s. l. 9. D. 18. 6. Andere Rechtsgelehrte be-

haupten: nur in zwei Fällen verlangten die Gesetze keinen Beweis des Irrthums, nämlich blos wenn zu viel, oder wenn doppelt bezahlt worden ist, l. 25. §. 2. D. 22. 3. — l. 1. C. 4. 5.; außerdem müsse auch der Irrthum zufolge der eben angeführten Gesetze bewiesen werden. Sie halten aber den Erfüllungseid des Klägers hierzu für hinlänglich; Thibaut System §. 633., Braun Erört. zu Thibaut §. 974., Glück a. a. O. S. 120. Diese Verschiedenheit der Meinungen hat daher für den praktischen Erfolg kaum einige Bedeutung. [Vergl. auch Brinz Pand. I. §. 98. S. 416., Witte Bereicherungsklagen S. 163. 171 ff., Arndts Pand. §. 341., Jacobi in Ihering's Jahrbb. IV. S. 304.]

Hiernächst aber enthält l. 25. D. 22. 3.*) singuläre Bestimmungen über die Beweislast bei der cond. indebiti. Die gemeine Regel nämlich, nach welcher der Kläger den Grund seiner Klage, d. i. wie bisher bemerkt wurde, die Nichtschuld beweisen müßte, leidet eine Ausnahme in zwei Fällen:

a) Wenn der Beklagte leugnet, daß die Zahlung oder Leistung ihm wirklich geschehen sey, dessen aber vom Kläger überwiesen wird, denn in diesem Fall braucht der Kläger nur zu beweisen, daß die Zahlung wirklich geschehen sey, dann muß aber vielmehr der unredlich leugnende Beklagte beweisen, daß das, was er als Schuldzahlung angenommen hat, auch eine wirkliche Schuld gewesen sey.

b) Wenn der Beklagte eine solche Person ist, bei welcher Mangel an Ueberlegung und Geschäftskunde oder eine Unbeholfenheit zu vermuthen ist. Da muß wieder der Beklagte, und zwar dieses beweisen, daß eine wirkliche Schuld vorlag; l. 25. §. 1. D. 22. 3. Sin autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles vel agricultor, et forensium rerum expers, vel alias simplicitate gaudens, et desidia (desidiae) deditus: tunc enim qui accepit pecunias, ostendere, bene eas accepisse et debitas ei fuisse solutas, et si non ostenderit, eas redhibere.**) Diese

*) Ueber die Interpretation dieser wahrscheinlich interpolirten Gesetzstelle s. unter Anführung der Literatur Glück Thl. XIII. S. 112. Thl. XXI. S. 372., Kritz a. a. O. §. 14. S. 42. Die meisten Rechtslehrer bleiben bei dem angeführten Wortverstand stehen. Vergl. auch Witte Bereicherungsklagen S. 166 ff.

**) Der Grund der Ausnahme zu a) ist im Gesetz selbst angegeben, per etenim absurdum est, eum, qui ab initio negavit, pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus, eam accepisse, probationem non debiti ab

Ausnahmen fallen jedoch weg, und der Kläger muß — sowie überhaupt, wenn der Beklagte den Empfang nicht, sondern nur dieses leugnet, das Empfangene nicht schuldigerweise erhalten zu haben — schlechterdings den Beweis der Nichtschuld auf sich nehmen, wenn er behauptet, er habe zu viel gezahlt, indem er nicht das Ganze, sondern nur einen Theil schuldig gewesen, oder er habe aus Vergessenheit zweimal bezahlt, oder er sey durch eine peremtorische Einrede, z. B. pacti de non petendo oder jurisjurandi praestiti, gegen die Forderung gedeckt gewesen; Glück Thl. XXI. S. 388., Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 897.

c) Nicht eine eigentliche Ausnahme von der Regel, nach welcher die Beweislast den Kläger träfe, sondern nur Folge von den allgemeinen Grundsätzen über Beweiskraft der Urkunden ist es, daß in dem Fall, wenn eine cautio indiscreta vom Kläger, unter der Anführung, daß kein Grund zu einer Schuldverpflichtung vorhanden gewesen sey, zurückgefordert wird, der Beklagte beweisen muß, daß und aus welchem Grund eine Schuldverbindlichkeit vorhanden gewesen sey, gleichwie er dies auch dann hätte beweisen müssen, wenn der Aussteller sie nicht zurückgefordert hätte, und er die auf dieselbe gegründete Forderung hätte einklagen wollen; l. 25. §. 4. D. 22. 3. — c. 14. X. de fide instrum. (2. 22.), Hert D. de cond. indeb. civil. debiti naturalis. §. 15. u. 16., Weber in den Anmerk.

---

adversario exigere. Der Grund der andern Ausnahme zu b), welchen Bensey a. a. O. S. 215. kaum für haltbar ansieht, mag wohl darin zu finden seyn, daß, wenn zwei Vermuthungen sich ungefähr das Gleichgewicht halten, nämlich einerseits die praesumtio hominis, daß Niemand das Seinige leichtsinnig wegwerfe, und die besondere, welche aus einer individuellen Schwäche oder aus permanenter Anstrengung entspringt, der Sache unmittelbarer und sicherer auf den Grund zu kommen sey, wenn man die Existenz der Schuld Demjenigen zu beweisen auflegt, welcher sie, wenn der Andere sich nicht freiwillig seiner Anforderung unterworfen hätte, doch als Kläger hätte beweisen müssen, als wenn man dem Condicirenden den schwierigen Beweis der Nichtschuld, mithin den Beweis einer puren Negative auflegen würde. – Einen — wie v. Vangerow Bd. III. §. 625. richtig bemerkt — zu willkürlichen Erklärungsversuch gibt Kritz Samml. v. Rechtsf. Bd. III. S. 1. Ueber den besonders auffallenden Theil der l. 25. cit. verb. si — vel pupillus vel minor sit, vel mulier etc., vgl. Glück Thl. XIII. S. 112. Thl. XXI. S. 372 ff., Röder Abh. über prakt. Fragen des Civilr. no. 2., Hellfeld civilrechtl. Entscheid. S. 8.

zu Schmidt's Lehrb. v. d. Klagen §. 1363. Anm. e., Witte a. a. O. S. 241 ff.

Die Anwendung der zu a) entwickelten Maxime über die Vertheilung der Beweislast scheint in unserer heutigen Proceßmethode, wo das Beweisinterlocut alle Beweisthemata zugleich und überdem mit Rechtskraft umfaßt, einer Schwierigkeit zu unterliegen, welche dem römischen Verfahren fremd war. Z. B. A. behauptet, dem B. 100 Thlr. bezahlt zu haben, und fordert sie als Nichtschuld zurück. B. leugnet sowohl den Empfang der 100 Thlr., als auch, daß Kläger sie ihm nicht schuldig gewesen sey. Da man nun zur Zeit der Beweisauflage noch nicht weiß, ob der Kläger den Beweis der Zahlung aufzubringen vermögen werde, und nun der Beklagte erst an die Reihe kommen werde, so muß durch unser Interlocut der Beklagte im Voraus mit einem Beweis belastet werden, von welchem nach dem angeführten Gesetz noch gar nicht feststeht, daß er ihm von Rechtswegen zur Last falle. Dies läßt sich aber nach unserer starren Eventual-Maxime nicht anders machen, als daß interloquirt wird: Kläger habe vorbehältlich des dem Beklagten zuständigen Gegenbeweises zu beweisen, daß er die behauptete Zahlung wirklich an den Beklagten gemacht habe; dagegen habe Beklagter eventuell, falls nämlich Kläger diesen Beweis erbringen würde, zu beweisen, daß die von ihm angenommene Zahlung eine wirkliche Schuld gewesen sey, unbeschadet des vom Kläger zu führenden Gegenbeweises. Die Sache hat deswegen keine dem materiellen Recht schädliche Folge, weil ja, wenn der primär zum Beweis geleisteter Zahlung verbundene Kläger diesen Beweis nicht zu Stande bringt, derselbe jedenfalls abgewiesen werden muß. Benfey in Linde's Zeitschr. Bd. XIV. S. 205. und v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 625. Anm. 2. legen dem Beklagten den von ihm zu führenden Beweis alternativ dahin auf, entweder, daß eine wahre Schuld, oder daß wissentlich eine Nichtschuld an ihn entrichtet sey; Letzterer jedoch mit einer Modification: weil nämlich dieser Uebergang der Beweislast nur eine Strafe chicanösen Leugnens seyn soll, so müsse vorausgesetzt werden, daß der Beklagte selbst die Zahlung empfangen habe; wenn aber der Erbe die angeblich an den Erblasser geleistete Zahlung in Abrede stellt, so müsse der Kläger außer der Zahlung auch noch das indebitum und den Irrthum beweisen.

Zu 12) Die l. 4. C. 4. 5. sagt: ea, quae per inficiationem in lite crescunt, ab ignorante etiam indebita soluta repeti non posse, certissimi juris est. In dieser Kategorie steht auch die Ableugnung eines Legats an Kirchen und fromme Stiftungen nach §. 26. J. 4. 6. und

36*

§. 7. J. 3. 28. Glück Thl. XIII. S. 95. §. 829. nimmt an, da die poena dupli h. z. T. nicht mehr Statt habe (s. auch Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XII. tit. 6. §. 32.), so könne auch das an eine pia causa irrig gezahlte Legat condictione indebiti zurückgefordert werden. Thibaut Versuche Bd. II. S. 152. behauptet nicht nur dasselbe, sondern hält auch schon durch das Justinianeische Recht jene Bestimmung der l. 4. cit. für aufgehoben, weil deren präsumtiver Grund, welcher in einem animo transigendi zu suchen sey, nach l. ult. C. 4. 5. nicht mehr angenommen werden dürfe.*) Demungeachtet aber behauptet er im System d. P.=R. §. 632. mit Bezug auf §. 7. J. 3. 28., das einer frommen Stiftung indebite ausgezahlte Legat könne nicht zurückgefordert werden. Man kann, da der Verf. nicht selbst einen Grund dafür anführt, keinen andern Grund subintelligiren, als daß ein Gesetz blos deswegen, weil sein anfänglicher Grund in der Folgezeit wegfällt, noch nicht seine Wirksamkeit verliert. Dies kann aber wohl in dem Falle nicht gelten, wenn — wie hier — das Gesetz etwas ausdrücklich nur als Folge eines Satzes ausgesprochen hat, welcher keine Geltung mehr hat. Ein anderer Grund, welcher bleibende Anwendung fände, ließe sich wohl nur aus l. 32. §. 2. D. 12. 6. ableiten: sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest. Im Zweifel läßt die Sache Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 898. Andere berühren sie gar nicht.

Zu 13) Insofern eine Remuneration unter den Begriff von Schenkung fällt, muß die Frage verneint werden, weil Irrthum in den Beweggründen nicht berechtigt, eine Schenkung zurückzunehmen; l. 52. l. 65. §. 2. D. 12. 6., Cocceji jus controv. Lib. XII. tit. 6. §. 5., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XII. tit. 6. §. 8.

Zu 14) Soweit sie sich ungerecht bereichern würden, steht auch gegen sie die Condiction fest; Lauterbach l. c. §. 28., Cocceji l. c. qu. 17. u. Lib. II. tit. 14. qu. 30.

Zu 15) Hierüber scheinen zwei Gesetzstellen in Widerspruch mit einander zu stehen, denn l. 44. D. 12. 6. sagt: es findet keine Zurückforderung von dem statt, der das Seinige erhalten hat, wenngleich von einem Andern, als dem wahren Schuldner, bezahlt worden ist; dagegen l. 19. §. 1. D. eod. bestimmt: obwohl Jemand

---

*) Sancimus, omnibus qui incerto animo indebitam dederint pecuniam — repetitionem non denegari, et *praesumtionem transactionis non contra eos induci* etc.

etwas ihm Geschuldetes erhält, so steht gleichwohl, wenn der, welcher gibt, etwas nicht Geschuldetes gibt, die Zurückforderung zu. Um die Sache in einem Beispiele darzustellen, setzen wir den Fall: A. ist dem C. 100 Thlr. schuldig, und beauftragt den B., 100 Thlr., die er ihm (dem A.) schuldig sey, an den C. zu zahlen, was B. auch sofort thut. Nachdem B. aber später in seinen Papieren gefunden hat, daß er dem A. nichts mehr schuldig geblieben sey, so will er nun die 100 Thlr. vom C. zurückfordern. Kann er dies? Um diese Frage richtig zu beantworten, müssen wir zuvörderst den Begriff von Solution festhalten, welcher schlechthin den animus solvendi oder die Absicht, sich von einer wirklichen Verbindlichkeit zu befreien, involvirt. Es ist demnach nur denkbar, daß B. zahlte, in der irrigen Meinung, dem A. wirklich 100 Thlr. schuldig zu seyn. Cocceji l. c. Lib. XII. tit. 6. qu. 13. meint: B. könne vom C. die ihm bezahlten 100 Thlr. alsdann zurückfordern, wenn er nur irrig geglaubt hatte, dem A. so viel schuldig zu seyn. Dem steht nun aber l. 44. D. cit. geradezu entgegen, man muß vielmehr behaupten, daß aus dem Mandatsverhältniß, welches B. mit dem A. eingegangen hat, nur zwischen diesen Beiden Rechte und Verbindlichkeiten entstehen konnten, diese aber den C. nicht tangiren. Dem scheint auch l. 19. cit. nicht entgegenzustehen. Sie hat nämlich nur den Fall vor Augen, wo derjenige, welcher sich fälschlich für den Erben hielt, eine Schuld des Erblassers entrichtete. Dadurch konnte aber der wahre Erbe nicht liberirt werden, und so ist dieser Fall wesentlich von dem zuvor bemerkten verschieden, wo B. mit der Absicht, den A. zu liberiren, an C. zahlte.

Zu **16)** Daß ein allgemeiner Verzicht der Einrede der Condiction nicht im Wege stehe, ist bestimmt entschieden in l. 67. §. 3. D. 12. 6., ob nicht aber ein specieller Verzicht sie ausschließe, ist bestritten. Bucher R. d. Ford. §. 106. (Ed. 2.) sagt: die cond. indeb. fällt in der Regel weg, wenn ihr auf irgend eine Weise entsagt worden ist, und bezieht sich deshalb auf l. 67. §. 4. D. 12. 6., welche aber den Fall einer Renunciation nicht berührt. Nicht so absolut verneint Unterholzner, indem er Bd. II. S. 40. v. d. Schuldverh. sagt: „es darf wohl nicht gezweifelt werden, daß eine wirksame Entsagung das Zurückforderungsrecht ausschließen könne." Die Mehrzahl der Autoritäten geht aber dahin, daß auch der specielle Verzicht, und selbst wenn er eidlich geschehen ist, nicht schade; Glück Thl. XIII. §. 832. S. 109., Walch contr. jur. civ. pag. 742. §. 34., Lauterbach Coll. th. pr. P. I. pag. 868. Der Grund ist, quia is, qui errat, non consentit, der Irrthum, welcher dem Verzicht zu Grunde liegt,

ist aber derselbe, welcher der Zahlung zu Grunde lag. Daher sagt Cocceji jus contr. Lib. I. pag. 654. qu. 21.: qui renunciat, certus esse debet de suo jure, hic autem errat, quia putat se debere, et sic error excludit consensum. *Ex eodem errore*, quo fit solutio, etiam fit renunciatio.

Zu 17) Diese Frage wird bestimmt bejaht in l. 25. §. 3. D. 22. 3., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 30. Eine Ausnahme findet jedoch dann statt, wenn der Beweis der Schuld auf einem schriftlichen Bekenntniß beruht, in welchem nicht nur die Schuld, sondern auch der Grund der Verbindlichkeit ausgedrückt ist; l. 13. C. de n. n. p. (4. 30.), Glück Thl. XIII. S. 121., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 562. §. 618. Mehreres hierüber enthält eine Abhandl.: „Nicht immer kann man sich bei der Zurückforderung einer Nichtschuld der Eideszuschiebung als eines Beweismittels bedienen," in Reinhardt vermischte Aufsätze aus dem Gebiet der reinen und angewandten Rechtswissenschaft H. I. S. 161.

---

§. 267.

3. Condictio ob turpem vel injustam causam.

Dig. XII. 5. de cond. ob turpem vel injustam causam. Cod. IV. 7. de condict. ob turpem causam.

1) Insofern das zu einem schändlichen Zweck Gegebene, gleichviel, ob derselbe realisirt wurde oder nicht, vom Geber nur dann zurückgefordert werden kann, wenn das Unsittliche oder Verbotene nur auf Seite des Empfängers ist, fragt sich, ob dann, wenn die Schändlichkeit auch den Geber*) trifft, dem Fiscus die Zurückforderung zustehe?

*) Einen Fall, wo die Schändlichkeit blos auf Seite des Gebers ist, s. Glück Thl. XIII. S. 52. — Ueber den Fall, wo der Geber ein öffentliches Amt zu erlangen suchte, welches er aber hernach nicht erlangt hat, s. Kind Qu. for. T. II. cap. 90. Hier konnte der Geber die Condiction nicht anstellen, weil er selbst in turpitudine versirte, es konnte aber aus dem Satz: in pari turpitudine melior est ratio accipientis nicht die Folge gezogen werden, daß Letzterer die schändliche Gabe behalten dürfe, vielmehr mußte die Strafe der Bestechung die Confiscation gegen den Empfänger nach sich ziehen. — Ueber andere Fälle vergl. Voigt Ueb. die condict. ob causam §. 72. 73.

2) Ist unter der causa injusta eine ungerechte Ursache in der Art, daß etwas durch eine unerlaubte Handlung an den Andern gekommen ist, oder nur eine ungiltige causa zu verstehen?

3) Ist die Regel, daß der Geber, welcher mit dem Empfänger in pari turpitudine versirt, das Gegebene nicht condiciren könne, auch auf den Fall anwendbar, wenn dem einfältigen Landmann von einem Betrüger, unter Vorspiegelung geheimer Künste, Geld abgelockt wird, indem dieser ein Geheimniß zu verstehen behauptet, wodurch er ihn reich machen könne?

Zu 1) Mehrere Rechtsgelehrte behaupten in diesem Fall ein fiscalisches Recht zur Zurückforderung; Stryck Us. mod. Lib. XII. tit. 5. §. 3., Voet Comm. ej. tit. §. 3., Schilter Prax. jur. Rom. Ex. XXIV. §. 23., Kind Qu. for. T. III. c. 32. pag. 222., Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 12. th. 6. not. 1., Thibaut Syst. §. 625. Dieses ist aber aus dem römischen Recht nicht erweislich; Cocceji jus controv. h. t. qu. III., Sell Jahrbücher Bd. I. S. 164., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 259. Man kann daher dem fiscus wohl nur dann ein Confiscationsrecht zugestehen, wenn vom Empfänger durch Annahme der Sache ein Delict begangen ist, und der Geber nicht condiciren kann, l. 32. §. 28. D. 24. 1. — l. 9. D. 49. 14. — l. 4. C. 5. 5., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 623. S. 569., und nur in diesem Sinn wird man mit Glück Thl. XIII. S. 60. sagen können: was zu einem unerlaubten Zweck gegeben wurde, ist dem Fiscus verfallen. Ist außerdem par turpitudo auf Seite des Gebers und Empfängers, so bleibt dennoch das Gegebene dem Empfänger; Glück a. a. O. S. 54. Ebenso, wenn blos ein Versprechen oder ein Schuldschein ausgestellt worden ist; der Aussteller kann wohl daraus nicht verklagt werden, aber wenn er seinem Versprechen wirklich Genüge geleistet hat, so kann er das Gegebene nicht zurückfordern. In pari turpitudine melior est ratio possidentis; l. 8. D. 12. 5.

Zu 2) Mehrere Rechtsgelehrte subsumiren unter causa injusta immer eine unerlaubte Handlung; Glück Thl. XIII. S. 51., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 627., Puchta Pand. §. 311. Dadurch scheint aber die Sphäre dieser Condiction, wenigstens nach den gemeinen Begriffen von unerlaubten Handlungen, zu sehr beengt, indem

vielmehr jedes Haben aus einem rechtswidrigen Grund darunter begriffen werden muß. Z. B. ein Domherr A. wurde als Verräther und Spion von der Regierung aus dem Capitel gestoßen, und ein anderer Domherr B. rückte in dessen Folge in seine Pfründe ein. Später hob das Obertribunal jene Ausstoßung als widerrechtlich auf. Nun klagte A. gegen B. auf Rückerstattung der inzwischen von ihm bezogenen Einkünfte cond. ex injusta causa. Der Condiction wurde auch Statt gegeben, aber nur insoweit, als er wirklich bereichert war, denn er hatte ja bona fide seine Ausgaben nach den ihm zugewiesenen Einnahmen richten können; s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1846. S. 1. Um aber die cond. ex injusta causa von der cond. indebiti zu unterscheiden, von welcher sie, ungeachtet die Fälle der einen und der andern sich darin gewöhnlich gleichen, daß der Leistende, welcher ja doch nicht schenken will, eine wirkliche causa irrig glaubt, doch sehr wesentlich abweicht, weil man bei ihr nicht, wie bei der cond. indeb., den Beweis eines Irrthums zu führen braucht, muß man sich unter causa injusta allerdings mehr als eine causa jure non valida, wie bei der cond. indeb., l. 54. D. 12. 6., vielmehr eine causa legibus reprobata, eine datio et retentio non concessa denken; l. 6. D. 24. 1. — l. 52. D. 18. 1. — l. 3. C. 3. 43., Reinhard im civilist. Archiv Bd. XXIX. S. 242. Auch l. 6. D. 12. 5. sagt nichts Anderes, als: was aus einem unrechtmäßigen Grund sich bei Jemandem befindet, kann condicirt werden. Quod datum fuit, aut aliter penes alium est ob causam, nullam quidem turpitudinem specialem continentem, sed tamen jure civili improbatam; Voet Comm. ad Pand. Lib. XII. tit. 5. no. 4., Reinhardt Ergänzungen zu Glück Bd. IV. S. 357. u. 432., Höpfner Instit. §. 957., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 25. §. 317., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 259. Z. B. ein Auswanderer zahlte seinem Gutsherrn Abzugsgeld oder Nachsteuer aus dem im Betrag von 18,000 Thlrn. für sein Gut erlangten Kaufpreis, während er doch 5000 Thlr. darauf schuldig war, welche er folglich nicht exportiren konnte, und eine Nachsteuer aus mehr als er in bonis hatte, nämlich deducto aere alieno, zu entrichten nicht schuldig war. Später, hierüber belehrt, condicirte er das zu viel Bezahlte, aber weil für das, was aus einem Rechtsirrthum geleistet wird, die cond. indebiti nicht stattfinde, wurde er von dem vormaligen Appellationsgericht zu Dresden angebrachtermaßen abgewiesen, denn nur durch die Anführung, daß der Gutsherr wissentlich das indebitum angenommen habe, hätte er die Condiction (cond. furtiva) begründen können. Nur mit genauer Noth wurde ihm in der Läuterungsinstanz aus dem

Grund noch geholfen, weil im Fall eines erleidenden Vermögensverlustes der Rechtsirrthum nach l. 7. D. 22. 6. nicht schade. Hier wäre wohl, wie Reinhardt a. a. O. S. 429. bei Erzählung dieses Falls bemerkt, weil die Ueberschreitung des gesetzlichen Maßes bei Erhebung der Abgaben unerlaubt ist, cond. ex injusta causa passender gewesen, insofern man sich darunter eine Modification der cond. sine causa denkt. — Einen andern Fall s. Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. IX. S. 165. Bd. XI. S. 58. Ein Gutsherr verweigerte dem gewillten Käufer eines Erbzinsguts den zur Gutsübernahme erforderlichen Veräußerungsconsens, welchen er doch nur aus gewissen gesetzlich bestimmten Gründen hätte verweigern können, insolange, als der Gutskäufer nicht ein ihm vorgelegtes Verzeichniß der gutsherrlichen Lasten durch seine Unterschrift anerkennen würde. Nachdem sich der Käufer auf diese Weise gedrungen gesehen hatte, zu unterschreiben, um zur Ansässigkeit zu gelangen, condicirte er hinterher seine Obligation, und in Erwägung, daß auch Obligationen nach l. 1. pr. §. 3. D. 12. 7. — l. 3. C. 4. 5. Gegenstand einer Condiction seyn können, wurde von den höchsten Gerichten in Bayern der cond. ob turpem causam Statt gegeben, weil der Gutsherr sich eine Gegenleistung da bedungen hatte, wo er ohne Gegenleistung zu geben verbunden war.

Ob und welcher Unterschied zwischen der cond. ob turpem oder ob injustam causam stattfinde, darüber sind die Meinungen ebenfalls verschieden. Mehrere finden ihn blos darin, daß die erstere sich auf eine künftige, und letztere auf eine schon geschehene turpitudo beziehe; Glück a. a. O., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 624., Thibaut Syst. §. 625., Arndts Pand. §. 343. Dagegen findet Reinhardt a. a. O. S. 359. den charakteristischen Unterschied darin, daß bei der causa turpis der Empfänger wissentlich annimmt, was er nicht annehmen sollte, während bei der causa injusta das Bewußtseyn eines Unrechts nicht immer und nicht nothwendig vorhanden ist. Eine wesentliche Verschiedenheit ist aber auch darin bemerkbar, daß auf die causa injusta der Grundsatz nicht anwendbar ist, daß bei concurrirender turpitudo des Gebers die Condiction wegfällt. In den Gesetzen fehlt es eigentlich an einer Erklärung, wie sich die eine Condiction zur andern verhalten habe. Der Pandectentitel (12. 5.) verbindet die cond. ob injustam causam mit der ob turpem causam, der Codextitel mit der cond. sine causa, mit welcher sie auch wohl zunächst verwandt ist. Ueber den Begriff von causa turpis ist man übrigens nicht zweifelhaft. Eine Schändlichkeit liegt in dem Zweck, zu welchem

man etwas empfängt, wenn dieser dahin geht, eine unerlaubte Handlung zu unterlassen, die man ohnedies unterlassen mußte, oder etwas Erlaubtes zu thun, wozu man ohnedies verbunden war, oder eine unerlaubte Handlung zu begehen. Unstreitig geht die Condiction gegen den malae fidei possessor auch auf die bereits consumirten Früchte; l. 3. C. 4. 9. — cf. l. 13. §. 1. D. 16. 3. — l. 38. D. 22. 1., v. Savigny Syst. Bd. V. S. 518.

Zu 3) In Geiger u. Glück's merkw. Rechtsfällen Bd. II. no. 32. findet man diese Frage dahin entschieden, daß dem Betrogenen die Zurückforderung abgesprochen und dagegen dem fiscus das gegebene Geld, soweit es der Betrüger noch zu erstatten vermöge, verfallen erklärt wurde, indem es den Gebern ebenso zur turpitudo anzurechnen sey, wenn sie etwas zu abergläubischen Handlungen gegeben haben. Dieses Urtheil scheint nur einer Zeit angemessen, wo man noch Zauberei als möglich annahm, um aus ihr ein Verbrechen machen zu können. Ein Anderes ist turpitudo, ein Anderes Einfalt und Unwissenheit; daher v. Wening-Ingenheim wohl mit Recht in s. Lehrb. Bd. II. S. 301. Anm. r. (§. 241.) behauptet, eine Schändlichkeit des Gebers und folglich auch eine Ausschließung der Condiction dürfe nicht allgemein angenommen werden, wenn Schatzgräbern, Goldmachern u. dgl. gegeben wurde. Ist gleich dergleichen Gewerbe verboten, um Andere vor Betrug zu schützen, und man darf wohl hier mit Thibaut civilist. Abhandl. S. 325. annehmen, wenn es bei dem gesetzlichen Verbot nur auf das Beste des Veräußernden abgesehen ist, so müsse diesem das Zurückforderungsrecht zugestanden werden, weil gerade damit der gesetzliche Zweck erreicht wird.

§. 268.

4. Condictio sine causa.*)

Dig. XII. 7. de condictione sine causa. Cod. IV. 9. de condictione ex lege et sine causa vel injusta causa.

---

*) Einen interessanten Rechtsfall über die Merkmale der cond. indebiti und der cond. sine causa erörtert Gensler im civilist. Archiv Bd. II. S. 277. — Daß die Condictionen zu den act. stricti juris gehört haben, was Glück Thl. XIII. S. 156. mit mehreren in Anm. 28. angeführten Rechtsgelehrten leugnet, ist wohl von den Neueren überzeugend bewiesen; v. Savigny Syst. Bd. V. S. 503., Puchta Curs. d. Inst. Bd. II. §. 165., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 258., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 614.

1) Kann auch wegen geleisteter Arbeiten eine Condiction angestellt werden?*)
2) Können mit dieser Condiction neben der Hauptsache auch Zinsen gefordert werden?
3) [Hat der im Wechselproceß Verurtheilte die condictio auf Befreiung von seiner Verbindlichkeit?]

Vorerinnerung: Den Begriff der cond. s. c. stellt l. 1. §. 2. D. 12. 7. dahin fest: Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi, quae finita est — condictioni locum fore. Daß Einige eine cond. s. c. specialis und daneben eine cond. s. c. generalis, welche mit den andern Condictionen concurriren soll, annehmen, Voet Comm. ad Pand. Lib. XII. tit. 7. §. 1. u. 2., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 5., Günther Princ. jur. Rom. T. II. §. 1118., ist wohl nur einer Verwechselung der von uns in der 1ten Anmerk. zum §. 1. festgestellten Begriffe zuzuschreiben. v. Meyerfeld Lehre v. d. Schenkungen Th. I. S. 351. u. v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 628. rechnen auch die Fälle einer causa reprobata hierher, welche wir aber dem Gebiet der cond. ob injustam causam zuweisen zu müssen glaubten. [Dazu vergl. Kiesselbach in Jhering's Jahrbb. V. S. 1 ff. und Voigt Ueb. die condictiones ob causam §. 80. S. 744 ff.]

Zu 1) Die Verneinung dieser Frage scheint zwar in l. 25. D. 19. 5. zu liegen: quod indebitum datur, aut ipsum peti debet, aut tantundem ex eodem genere: *quorum neutro modo operae repeti possunt*, aber doch nur scheinbar. In dieser Stelle wird nämlich nur von dem Contract facio ut facias gehandelt. Marcian sagt hier:

*) Daß gar viele andere Gegenstände, z. B. Obligationen und Liberationen, Object der Condiction seyn können, darf als unbestreitbar angenommen werden; l. 7. pr. l. 9. §. 1. D. 12. 4. — l. 1. §. 1. l. 3. D. 12. 7. — l. 31. D. 12. 6. — l. 2. §. 3. D. 39. 5. — l. 3. l. 4. C. 4. 5. — l. 7. C. 4. 30. — l. 22. §. 1. D. 12. 6. — l. 4. D. 12. 4. Unstreitig findet diese Condiction statt, sowohl wenn gleich Anfangs die Leistung ohne rechtsgenügenden Grund geschehen ist, als auch, wenn zwar anfänglich ein solcher vorhanden war, aber nachher hinweggefallen ist; l. 1. §. 2. D. 12. 7. — Verschiedene Anwendungsfälle dieser Condiction s. l. 5. C. 1. 14. — l. 3. C. 3. 43. — l. ult. C. 8. 35. — l. 23. §. 2. D. 12. 6. — l. 8. D. 2. 15. — l. 8. C. 2. 4. — l. 5. pr. §. 1. D. 12. 7. — l. 29. D. 12. 6. — l. 18. pr. §. 1. D. 12. 1. — l. 7. C. 8. 56. — l. 15. C. 5. 3. — l. 11. §. 6. D. 19. 1. — l. 2. C. 4. 9.

wenn Jemand Dienste leiste, damit ihm solche Dienste in demselben Maße künftig wieder geleistet würden, so könne er darauf act. praescriptis verbis klagen, und man dürfe sich hierin dadurch nicht irre machen lassen, daß keine Dienste condicirt werden könnten, was freilich unmöglich sey, indem die geleisteten Dienste nicht mehr vorhanden seyen, andere Dienste aber auch nicht dafür geleistet werden könnten, weil Dienste nicht fungibel, vielmehr, je nach der Individualität des Leistenden, Dienste und Dienste immer verschieden seyen. Damit ist also blos gesagt: die Condiction wegen der ohne Rechtsgrund geleisteten Dienste könne nicht wie die act. praescriptis verbis auf Wiederleistung der Dienste gerichtet werden; es ist aber dadurch die Klage auf Aestimation der Dienste nicht ausgeschlossen, welcher vielmehr in mehreren anderen Gesetzstellen stattgegeben wird; l. 26. §. 12. l. 40. §. 2. l. 65. §. 8. D. 12. 6., Gmelin D. de condict. facti indebiti praestiti. Tub. 1769., v. Savigny Syst. Bd. V. S. 523., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 258., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 57.

Zu 2) Nach römischem Recht war die Condiction lediglich auf das Gegebene, sammt Früchten und Accessionen, beschränkt; l. 38. §. 1. u. 7. D. 22. 1. Zinsen konnten so wenig als aus dem Darlehn — wenn nicht eine Nebenverabredung bei diesem getroffen war — gefordert werden; l. 1. C. 4. 5.*) Man kann daher nicht behaupten, wer vor 2 Jahren etwas indebite bezahlt hat, könne nun auch 2jährige Zinsen daraus fordern. Darüber sind alle Rechtsgelehrte einig. Allein die Verbindlichkeit zu Verzugszinsen muß gleichwohl, zufolge der Reichsgesetze (Deputations-Abschied v. J. 1600. §. 139. u. J. R.-A. v. J. 1654. §. 174.), h. z. T. statuirt werden; v. Langenn u. Kori Erört. Bd. II. S. 93., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 258. Dem ist auch Thibaut Syst. §. 645. nicht, wie Kori a. a. O. glaubt, entgegen, vielmehr liest man in Braun Dict. zu §. 986.: „auf allen Fall kann man jetzt vermöge der Reichsgesetze eine Zinspflicht ex mora annehmen." Ebensowenig kann Glück Thl. XIII. S. 209. als Gegner dieser Meinung angeführt werden, da er, wie auch andere Romanisten, z. B. Lauterbach, Stryck, Berger ꝛc., hier blos von den Grundsätzen des römischen Rechts spricht, wogegen er S. 163. a. a. O. bei der condict. indebiti, welche doch nach gleichen Grundsätzen behandelt werden muß, selbst auf die Reichsgesetze verweist. Wann aber hier der Verzug beginne, muß

*) Einen Ausnahmsfall jedoch s. Nov. 22. cap. 44. §. 4.

nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, besonders mit Rücksicht auf l. 24. D. 22. 1. beurtheilt werden.*)

Zu 3) [Das O.-A.-G. zu Darmstadt bemerkt über die Verurtheilung im Executiv- und Wechselproceß: Die in solchem Processe nicht mit Erfolg geltend zu machenden Einreden können, auch ohne daß sie vorgeschützt oder im Urtheil vorbehalten worden, in einem besonderen Verfahren geltend gemacht werden. Man kann den Beklagten nicht verpflichtet erachten, von einer Rechtsvertheidigung Gebrauch zu machen, der er sich in seinem Rechtsstreite gar nicht mit Erfolg bedienen kann. Dies ist der Fall, wenn ihm Einreden, die nicht sofort liquid gestellt werden können, zustehen. Es muß ihm deshalb das Recht zustehen, sie gar nicht vorzuschützen und sie alsdann, selbst wenn er in contumaciam verurtheilt worden, in einem besondern Verfahren zur Anerkennung zu bringen. Der im Wechselproceß verurtheilte Beklagte kann auch vor der Bezahlung des Urtheils seine zu einer Austragung im besonderen Verfahren ihm zustehenden Rechtsbehelfe geltend machen. Das ihm zustehende Rechtsmittel ist die cond. sine causa, welche nicht blos auf Rückgabe einer Leistung, sondern auch auf Befreiung von einer Verbindlichkeit gerichtet werden kann. Seuffert's Archiv XIV. No. 187. Anders erkannte in Betreff des letzteren Punktes dasselbe O.-A.-G. in einem früheren Falle (Seuffert's Archiv X. No. 108.]

*) An die bis hierher behandelten Condictionen schließt sich auf dem Boden der aequitas auch die s. g. actio in factum wegen Bereicherung an, indem sie in manchen Fällen, wo kein Geben stattgefunden hat, wohl aber Jemand etwas umsonst haben würde, was einem Andern ohne Entgelt ohne seinen Willen entgangen ist, zur Zurückforderung solchen Gewinns gebraucht wird. Z. B. wenn ein Handlungsunfähiger fremde Geschäfte ohne Auftrag besorgt hat, so kann ihm vom Geschäftsherrn dasjenige abgefordert werden, was dadurch in sein Vermögen gekommen ist, weil sich Niemand mit dem Schaden eines Andern bereichern darf; l. 3. §. 4. D. 3. 5. [Vergl. dagegen Jacobi in Ihering's Jahrbb. IV. S. 191. Dazu s. oben §. 206. zu Fr. 1. z. A.] — Wenn ein Unfähiger einem Unfähigen etwas gegeben, z. B. creditirt hat, so kann es, soweit der Empfänger dadurch noch wirklich reicher ist, condicirt werden; l. 34. D. 4. 4. — Wenn Jemand die einem Dritten gehörige Sache geschenkt erhält und veräußert, so kann der Eigenthümer von dem redlichen Geschenknehmer das, was derselbe dadurch gewonnen hat, condiciren; l. 23. D. 12. 1., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 265.

Kapitel IV.

Commodat.

§. 269.

Dig. XIII. 6. commodati vel contra. Cod. IV. 23. de commodato. Paulli sent. rec. II. 4. — §. 2. J. III. 15. quibus modis re contrahitur obligatio.

1) Ist es zum Rechtsbegriff des Commodats*) wesentlich, daß der Zweck oder die Art oder Zeit des Gebrauchs bestimmt sey?
2) Was kann Gegenstand eines Commodats seyn? insonderheit können es auch Handlungen seyn?
3) Fällt es auch unter den Begriff eines Commodats, wenn Jemand dem Andern eine Sache leiht, um sie für seine eigene Schuld zum Pfand einzusetzen?
4) Wie weit gehen die Verbindlichkeiten des Commodatars in den Fällen, wenn die Sache
   a) im Gebrauche deteriorirt wird oder Reparaturen erheischt?
   b) durch Zufall oder durch Schuld des Commodatars ganz oder theilweise zu Grunde geht?
5) Wenn auch der Commodatar gesetzlich nicht für den Zufall einzustehen hat, ist derselbe nicht doch alsdann, wenn ihm die Sache taxirt übergeben worden ist, als von ihm übernommen anzusehen?
6) Muß der Commodatar auch für Versehen des Boten, durch welchen er die geliehene Sache zurücksendet, einstehen?
7) Inwiefern haften Unmündige, welche ohne Vormund ein Commodat eingegangen haben?

---

*) D. i. Ueberlieferung einer Sache zum natürlichen Besitz zu einem von dem Empfänger unentgeltlich zu machenden sachgemäßen Gebrauch, mit der Absicht, sie nach geendigtem Gebrauch in natura unverdorben zurück zu erhalten. Also keine Uebertragung des Eigenthums oder auch des juristischen Besitzes; l. 8. 9. 15. 16. D. 13. 6. — l. 1. §. 3. D. 43. 26.

8) Haften mehrere Commodatare einer Sache dem Leiher in solidum?

9) Da die act. commodati activ und passiv auf die Erben übergeht, l. 3. C. 4. 23., so fragt sich, ob die mehreren Erben des Commodatars in solidum verbunden sind?

10) Kann die Zurückgabe der geliehenen Sache vom Commodatar a) deswegen, weil er Gegenansprüche hat, b) deswegen, weil ein Dritter bessere Ansprüche an die Sache habe, verweigert werden?

11) Ist der Commodatar außer den Accessionen und Früchten der geliehenen Sache auch einen mit derselben durch Gebrauchsvermiethung gemachten Gewinn dem commodans nach geendigtem Gebrauch herauszugeben schuldig?

12) Wenn der commodans die im verschlimmerten Zustand zurückgegebene Sache wissentlich angenommen hat, kann er dann doch noch Schadloshaltung fordern?

13) Wenn für die geliehene Sache, weil sie verloren gegangen ist, der Werth vom Commodatar vergütet wurde, in der Folge aber doch noch die Sache in die Gewalt des Eigenthümers gekommen ist, steht es dann in des Commodatars Willkür, die Sache anstatt des dafür gezahlten Werths, oder umgekehrt die Summe, welche er dafür gezahlt hat, zu libelliren?

14) Wer hat den Zufall oder die Schuld zu beweisen, wenn die Sache bei dem Commodatar schlechter geworden oder untergegangen ist?

15) Kann der commodans bei unvorgesehenem eigenen Bedürfniß die Sache auch vor Ablauf der Zeit, für welche die Leihe bewilligt ist, zurückfordern?

16) Welche Verbindlichkeiten hat übrigens der commodans?

17) Kann der commodans seine Sache auch vom dritten Besitzer vindiciren?

Zu 1) Wer, wie Kritz Samml. v. Rechtsf. Bd. I. S. 188. §. 4—11. einen wesentlichen Unterschied zwischen Precarium und Commodatum durchaus leugnet, muß nothwendig auch die in der Frage unterstellte nota distinctiva leugnen. Allein l. 1. §. 3. D. 43. 26. schreibt dem Precario doch nur eine Aehnlichkeit mit dem Commodat zu, und wenn nach gründlicher Untersuchung das Precarium gar keine

eigene Contractsart ist, so kann es auch mit einer anderen, insbesondere mit dem Commodat nicht verwechselt werden. Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 553. sagt: „Häufig wird behauptet, daß beim eigentlichen Gebrauchsdarlehn die Zeit, für welche der Gebrauch eingeräumt wird, bestimmt seyn müsse; dies ist aber unerweislich, und nur angenommen, um einen Unterschied zwischen dem Commodatum und Precarium herauszubringen, welcher aber anderswo gesucht werden muß;"*) Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 267. will zwar die Bestimmung der Zeit als wesentliches Erforderniß gelten lassen, nicht aber die Bestimmung des Gebrauchs oder Zwecks, vielmehr liege die Begrenzung des Gebrauchs schon im Sachgemäßen. — Diese Ansichten scheinen zu beschränkt, vielmehr ist sehr allgemein und gewiß mit Recht angenommen, daß entweder der Zweck oder die Art oder die Zeit des Gebrauchs beim Commodat in den entweder in der Sache selbst oder in besonderen Nebenverabredungen liegenden Umständen und Verhältnissen eine genaue Bestimmung und Grenze finden müsse; Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 453., Bucher R. d. Ford. §. 97., Puchta Pand. §. 319., Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. VI. S. 654. u. 656., Glück Thl. XIII. S. 426. 429. u. 446., Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. Bd. II. §. 385., Reinhardt Ergänz. zu Glück Bd. IV. S. 535. Schon Ant. Faber Rational. in Pand. ad l. 1. §. 1. D. 13. 6. not. a. lehrt: quod commodatum semper certo usu certoque tempore concluditur; Curtius Handb. d. im Königr. Sachsen geltenden Civilr. §. 1547. Anm. a.

---

*) Unterholzner findet den Unterschied zwischen dem Precarium und Commodatum a. a. O. S. 561. blos darin, daß durch ersteres eine viel größere Gebrauchsfreiheit gestattet ist, indem nur für dolus gehaftet wird, daher jeder Gebrauch frei ist, welchen der Gebrauchende von seinen eigenen Sachen machen würde, so lange man nur nicht böswillig dabei zu Werke geht, dagegen der Commodatar für exactissima diligentia haftet und ängstlich darüber wachen muß, daß er das Empfangene so gut als möglich zurückgebe. Damit ist aber nur eine Verschiedenheit der Wirkungen bezeichnet, welche aber eben nur dadurch entstehen kann, daß in der Natur beider Rechtsgeschäfte (wenn man anders das Precarium für ein besonderes Rechtsgeschäft anerkennen will) die oben angedeutete wesentliche Verschiedenheit liegt. Andere wollen gar keinen reellen Unterschied zwischen Commodatum und Precarium, sondern nur einen nominellen insofern erkennen, als sich ursprünglich das Commodat auf bewegliche und das Precarium auf unbewegliche Sachen bezogen habe, l. 2. §. 2. l. 19. §. 2. D. 43. 26., so daß beide Institute durch die Gegenstände ihre Begrenzung hatten; Koch a. a. O. Mehreres hierüber s. im folgenden Kap. V. vom Precarium Fr. 2.

Man kann den Gegnern nur zugestehen, daß eine oder die andere Bestimmung fehlen könne, ohne daß das Rechtsgeschäft darum aufhöre, ein Commodat zu seyn, und dies geht allerdings auch aus l. 17. §. 3. D. 13. 6. hervor, nicht aber, daß gänzliche Unbestimmtheit mit der Natur des Commodats verträglich sey. Hiervon überzeugt uns l. 5. §. 7. u. 8. D. 13. 6. Ohne alle Bestimmtheit würde sich gar kein Anhaltspunkt für die Behauptung intempestiver Zurückforderung, welche man gleichwohl dem Commodanten verweigert, finden lassen; cf. cap. un. X. 3. 15. „contra eum (qui commodatum accepit), recte commodati non agitur, nisi post usum completum, cujus gratia res fuerit commodata."

Zu 2) Da das Commodat ein Leihen auf unversehrte Rückgabe in natura ist, so sind seiner rechtlichen Natur nach weder bewegliche noch unbewegliche l. 1. §. 1. D. 13. 6., weder körperliche noch unkörperliche Sachen gänzlich ausgeschlossen, sondern nur solche, welche einen Gebrauch ohne Verbrauch nicht gestatten, res, quae usu consumuntur, was zwar bei fungiblen Sachen gewöhnlich, aber doch nicht immer der Fall ist; Glück Thl. III. S. 430. u. 458. Auch fremde Sachen können in commodatum gegeben werden, denn der commodans braucht ja nur den juristischen Besitz der Sache zu haben; l. 15. l. 16. D. 13. 6. Kirchliche Sachen können, wenn sie zum gottesdienstlichen Gebrauch bestimmt sind, nicht anders als zu gleichem Gebrauch einer Kirche geliehen werden; Glück a. a. O. S. 459. Handlungen können nach der richtigeren Meinung nicht, wie wohl Mehrere behaupten (s. die in Glück a. a. O. S. 428. angeführten Schriftsteller), zum Commodat eingeräumt werden, weil Personen nicht besessen werden können. Wenn daher ein Dienstherr seine Arbeiter leihet, so sind die Arbeiter selbst Mitcontrahenten, und das Verhältniß ist ein Verdingungsvertrag zwischen den Arbeitern einerseits und dem Besteller und dem Empfänger der Dienste andererseits, das Geschäft zwischen den beiden Letzteren aber Schenkung, deren Gegenstand der Lohn ist, den die Arbeiter von dem Besteller erhalten, Koch a. a. O. Bd. III. §. 267., Glück a. a. O. S. 429. Ob unkörperliche Sachen, insbesondere Servituten Gegenstand eines Commodats seyn können, ist streitig, am wenigsten kann es von dinglichen Servituten behauptet werden; Heimbach a. a. O. S. 655., Glück a. a. O. §. 857., Schmidt d. Commodat. u. Precar. S. 117 ꝛc. Da zum Begriff des Commodats als eines Realcontracts die Einräumung einer Sache gehört, so kann es nicht als Commodat angesehen werden, wenn man Jemand einfach bei sich wohnen läßt; Unterholzner Schuldverh.

Bd. II. S. 552., Heimbach a. a. O. S. 655.*) Sowenig res, quae usu consumuntur Gegenstand eines Commodats seyn können, ebensowenig kann ein Commodat zu einem solchen Zweck ertheilt werden, welcher die Natur des Commodats aufheben würde. Mit Recht sagt daher Heimbach a. a. O.: „an Forderungs= und Pfandrechten kann kein Commodat bestehen, weil diese ihrem eigensten Wesen nach durch die Ausübung verloren gehen, also zur Restitution in natura sich nicht eignen," und Glück Thl. XIII. S. 430.: „Der Gebrauch, den man in diesem Contract dem Andern verwilligt, kann bald mehr bald weniger beschränkt seyn, er muß aber immer so beschaffen seyn, daß er der wesentlichen Verbindlichkeit des Commodatars, die Sache in Natur zurückzugeben, nicht widerspricht." Ueberhaupt sind alle Rechtslehrer darin einig, daß das Commodat lediglich ein Leihen zum einstweiligen nicht verbrauchenden Gebrauche ist. Aus diesen Gründen könnte man sich

Zu 3) zur Verneinung der hier aufgeworfenen Frage veranlaßt finden, indem das durch die Verpfändung dem Gläubiger gegebene jus distrahendi einen Widerspruch mit der Rechtsregel enthält, daß nur das Herleihen zu einem nicht verbrauchenden Gebrauch ein Commodat begründe. Gleichwohl erkennen es die Gesetze bestimmt als ein Commodat an, wenn ich Jemandem eine Sache, um sie für seine Rechnung zu verpfänden, leihe, l. 5. §. 12. D. 13. 6. — l. 3. C. 4. 23. so auch l. 38. D. 17. 1. domus pars, quam Titius obligandam filio suo commodavit. Die Gesetze betrachten es daher als einen Zufall, welcher an der Natur des Vertrags nichts ändern kann, wenn der Commodatar zur Zeit, wo er das Pfand wieder einzulösen und dem Commodanten zurückzugeben schuldig wäre, insolvent geworden ist. Der Contract selbst involvirt nur eine temporäre Vinculirung, die Sache wird nicht zum Verbrauch gegeben, sondern ut liberata res tradatur domino; Dollmann in Seuffert u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. VII. S. 77. Bd. VIII. S. 193.

Zu 4) Die Regel ist zu a) si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videtur reddita, nisi quod interest praestetur; l. 3. §. 1. D. 13. 6. Ordnungsmäßiger Gebrauch schließt zwar die Schadensklage aus, l. 10. pr. D. 13. 6. daher die von dem gehörigen Gebrauch unzertrennliche Abnutzung zu keiner Vergütung verpflichtet,

---

*) Ulpian nimmt in l. 17. pr. D. 19. 5. in einem solchen Fall einen Innominatcontract an, indem er sagt: est tutius, praescriptis verbis agere; Schilling Lehrb. f. Instit. Bd. III. §. 270. Anm. l.

v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 212. (§. 166.), Schweppe röm. Privatr. §. 454. und wenn die Sache ohne eine zuzurechnende Verschuldung schlechter geworden ist, dieses dem Commodatar nicht zur Last fallen kann; l. 5. §. 4. l. 18. pr. D. 13. 6., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 556., aber der Commodatar ist auch zu allem demjenigen Aufwand an gewöhnlichen Unterhaltungs- und Reparatur-Kosten verbunden, welche erforderlich sind, um den nachhaltigen Bestand der Sache zu gewähren; l. 18. §. 2. D. 13. 6. Hierunter werden außer den laufenden Unterhaltungskosten und Lasten, den geringeren Reparaturkosten und beim Vieh den Fütterungskosten, auch mäßige Curkosten gerechnet, Glück Thl. XIII. S. 471. §. 857., Heimbach a. a. O. Bd. II. S. 662.; dagegen außerordentlicher Aufwand, worunter man solchen versteht, welcher den Werth des verliehenen Gebrauchs übersteigt, dem commodans zur Last fällt, wenn dem Commodatar dabei keine Schuld beizumessen ist, l. 18. §. 2. D. 13. 6., Glück a. a. O. S. 471., Heimbach a. a. O. S. 662.

b) Für den Zufall*) hat der Commodatar niemals einzustehen, aber außerdem haftet er, den seltneren Fall ausgenommen, da das Commodat blos den Vortheil des Commodanten bezweckt, welchenfalls der Commodatar nur dolum und culpam latam, oder den gemeinschaftlichen Vortheil Beider, wo er nur diligentiam, quam quis in rebus suis nach l. 18. D. 13. 6.**) präſtirt, im weitesten Umfang, indem er custodiam und diligentiam präſtiren muß, l. 5. §. 2. D. 13. 6. —

*) Wenn man nicht anders einen s. g. casum mixtum statuiren will, d. i. einen solchen, wo der zufällige Schade nicht eingetreten seyn würde, wenn nicht von Seiten des Empfängers eine culpa vorausgegangen wäre; l. 5. §. 7. l. 18. pr. D. 13. 6. — §. 2. J. 3. 15., Heimbach a. a. O. S. 661. Z. B. für einen zufälligen Schaden, welcher die Sache trifft, während der Commodatar von dem Anvertrauten einen anderen als den der Natur der Sache oder der ausdrücklichen Bestimmung gemäßen Gebrauch machte, muß dieser allerdings einstehen. Ebenso, wenn die Sache in Folge eines böslichen Verzugs, obgleich nur zufällig, Schaden gelitten hat. Doch möchte in diesem Fall alsdann eine Ausnahme gelten, wenn die Sache demselben Unglücksfall auch in den Händen des commodans nicht hätte entgehen können, Walch controv. jur. civ. pag. 533. und unsere im allgem. Theil des Obl.-R. Kap. IV. §. 233. Fr. 6. gemachten Bemerkungen.

**) Zur Erklärung dieser Gesetzstelle vergl. die deutsche Uebersetzung des Corpus juris Bd. II. S. 114. §. 40., Hasse die culpa d. röm. R. S. 206. u. in d. Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Bd. IV. S. 234. — Ueber die Concurrenz der actio leg. Aquiliae und commodati und die verschiedenen Lesarten der l. 34. §. ult. D. 44. 7. s. Klüpfel im civil. Archiv Bd. II. S. 253., Thibaut civilist. Abhandl. no. 9. S. 190.

§. 2. J. 3. 15. l. 1. §. 4. D. 44. 7. exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare jubetur: nec sufficit ei, eam diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit, daher ihm auch das periculum furti nach den allgemeinen Regeln (s. im allgem. Theil Kap. IV. §. 234. Fr. 2.) zur Last fällt, Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 268. S. 425. d. 2. Ausg., und wenn er von Brand, Wassersnoth und dergleichen heimgesucht wird, er für das Geliehene haftet, wenn er es vor dem Seinigen retten konnte, aber das Seinige vorgezogen hat; l. 5. §. 4. D. 13. 6. — l. 1. §. 4. D. 44. 7. Paul. sent. rec. II. 4. Zwar sind hierüber mehrere Distinctionen von den Rechtsgelehrten aufgestellt worden, welche Glück Thl. XIII. S. 439. und Walch controv. jur. civ. pag. 533. umständlich aufführt, insbesondere, ob die eigenen Sachen nicht kostbarer waren, als die geliehenen, Lauterbach Coll. th. pr. Lib. 13. tit. 6. §. 19., Brunnemann Comm. ad Pand. h. t. §. 4. s. dagegen Cocceji J. C. h. t. qu. 9. — oder zu wessen Vortheil das Commodat eingegangen sey, Wernher sel. Obs. for. T. I. P. IV. obs. 214. no. 17., Franzke Comm. in Pand. h. t. no. 48—51., Ziegler D. de casu fortuito in ejus Discept. sel. no. 15. pag. 511.; allein die römische Gesetzgebung, obgleich reich an Casuistik, macht hier keinen Unterschied, daher Glück a. a. O. wohl mit Recht jenen Distinctionen keinen Beifall schenkt, zumal auch bei ähnlichen Fällen das Princip in den Gesetzen ausgesprochen ist: bona fides abesse praesumitur, si rebus tuis salvis existentibus depositas amisisti. Hiermit stimmen überein Koch a. a. O., Walch controv. j. c. pag. 533., v. Hartitzsch Entscheid. S. 238., Bucher R. d. Ford. §. 47. a. E. Anm. 12., Heimbach a. a. O. S. 661., Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 556. Anm. o.

Zu 5) Mehrere Rechtsgelehrte behaupten: durch Genehmigung einer von Anfang an hinzugefügten Taxe werde eine stillschweigende Uebernahme der Gefahr von Seiten des Commodatars begründet. Die ältere Literatur über diese Streitfrage s. Glück Thl. XIII. S. 434. Anm. 9. Von den neueren Schriftstellern sind der bejahenden Meinung noch beizuzählen: Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 557. B., Heimbach a. a. O. S. 661.; für die verneinende Meinung sind anzuführen: Glück a. a. O. S. 434., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 268., Voet Comm. ad Pand. Lib. XIII. tit. 6. §. 5., Stryck Us. mod. h. t. §. 4., Cocceji J. C. h. t. qu. 21.*) Es handelt sich

---

*) Besondere Abhandlungen über den Gegenstand sind: Griebner Progr. de aequitate legum Rom. circa periculum rei commodatae Lips. 1702.,

eigentlich nur um das richtige Verständniß der l. 5. §. 3. D. 13. 6. et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, *qui aestimationem se praestiturum recepit.* Versteht man diese Stelle zufolge der bejahenden Meinung so: „wenn eine Sache geschätzt übergeben ist, so hat der Empfänger alle Gefahr zu tragen,“ so vermißt man allen rationellen Zusammenhang, denn das Commodat überträgt ja nicht das Eigenthum, mithin auch nicht die Gefahr auf den Empfänger, und wie sollte denn aus der vorangegangenen Schätzung allein eine Veränderung des Rechts gefolgert werden? Es ist auch gar kein Grund zu der Annahme vorhanden, daß die Schätzung blos wegen zufälligen Schadens oder Untergangs und nur in Beziehung auf den Zufall geschehe, denn es kann im Interesse des Commodanten ebensowohl liegen, für den Fall eines schuldhaften Verlusts von Seiten des Commodatars alles Streits über den Werth der Sache überhoben zu seyn, wenn diese nicht nach gemeinem Werth zu berechnen ist, vielmehr in einer Seltenheit oder Kostbarkeit besteht. Die Uebernahme einer fremden Last kann nie ohne ausdrückliche Erklärung angenommen werden. Dagegen hat die bemerkte Gesetzstelle durchaus nichts Anstößiges, und die zweite vorangeführte, nämlich die verneinende Meinung ist gerechtfertigt, wenn man den Sinn dahin auffaßt: „wenn etwa eine Sache geschätzt gegeben ist, so muß derjenige, welcher sie mit der absoluten Verbindlichkeit übernommen hat, daß er die Schätzung prästiren wolle, die Gefahr tragen.“ Die l. 5. §. 3. cit. wollte augenscheinlich den Fall eines besonders modificirten Commodats aufstellen. Z. B. ich wollte wohl gerne so gefällig seyn, eine kostbare Sache zu leihen, ob sie gleich Gefahren ganz besonders ausgesetzt ist, und die mindeste Beschädigung den Werth fast gänzlich aufhebt, ich kann mich aber dazu nicht anders entschließen, als unter der Bedingung, daß mir der Andere den zu diesem Ende taxirten Werth ersetze, falls er mir nicht die Sache selbst unbeschädigt zurückgeben könnte. Diesfalls muß ich mir wohl gefallen lassen, statt meines Eigenthums den Werth anzunehmen, aber dann geht mich auch die Gefahr der Sache nichts an.

Zu 6) Vorausgesetzt immer, daß das Geschäft allein zum Vortheil des Commodatars gereicht, muß er auch für eine von seinem Boten bei Zurücklieferung der Sache begangene Unvorsichtigkeit einstehen, sofern er nicht bei der Wahl desselben so frei von allem Vor-

---

Eichmann Pr. de commodatario ad praestandum casum obligato Duisb. 1752.

wurf ist, daß Niemand hätte glauben sollen, daß er der begangenen Untreue oder Vernachlässigung fähig wäre; l. 20. D. 13. 6., Glück Thl. XIII. S. 472., Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. VI. S. 661. Hat er die Sache dem eigenen Boten des Commodanten mitgegeben, so haftet er nach der Meinung mehrerer Rechtslehrer, Unterholzner a. a. O. S. 557. Anm. q., Glück a. a. O. S. 471. gleichwohl dann, wenn ihm eine dem Absender unbekannte Treulosigkeit desselben bewußt war. War dieser Bote nicht zur Abholung der Sache, sondern nur um an die Zurückgabe zu erinnern, gesendet, so haftet er nach l. 12. D. 13. 6. für den Boten ebenso, wie wenn er selbst ihn gesendet hätte.

Zu 7) Sie haften nur bis zum Betrag ihrer Bereicherung, l. 1. §. ult. l. 3. pr. D. 13. 6., Unterholzner a. a. O. S. 557. Anm. e., Heimbach a. a. O. S. 662.

Zu 8) Bei einer untheilbaren Sache ohne Zweifel, l. 5. §. 15. D. 13. 6., und ebenso, wenn die mehreren Commodatare sich solidarisch verbindlich gemacht haben, Walch controv. j. c. pag. 535., denn daß auch beim Commodat eine Correalobligation Platz greife, geht aus l. 9. pr. D. 45. 2. hervor. Außerdem ist die Behauptung, daß mehrere Commodatare einer Sache in solidum haften, Bucher R. d. Ford. §. 98. S. 342. u. Reinhardt Ergänz. zu Glück Bd. IV. S. 550., Schilling Lehrb. Bd. III. S. 252. nicht so ganz unbedenklich. Wegen der Sache selbst zwar müssen sie natürlich in solidum haften, ob aber auch dann, wenn es sich nur um den Werth der Sache handelt? Da halten Viele dafür, daß die mehreren Commodotare nur pro rata tenent seyen; Heimbach a. a. O. S. 661., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 191. u. Glück Thl. XIII. S. 472. behauptet dafür bezüglich der in Anm. 10. u. 11. allegirten Autoritäten sogar die Praxis. Indessen spricht doch l. 5. §. 15. D. 13. 6. in Verbindung mit l. 9. pr. D. 45. 2. — deutlich dagegen, und auch die Analogie vom Miethvertrag in l. 13. C. 4. 65. dient zur Unterstützung. Die dagegen erhobenen Zweifel scheinen auch nicht von bedeutendem Gewicht, denn daß die Gesetze im Zweifel keine Solidarverbindlichkeit statuiren, kann, nachdem einmal für das Commodat in leg. cit. eine Ausnahme gemacht ist, nicht in Betracht kommen,*) und daß in l. 21. §. 1. D. 13. 6. nur eine obligatio pro rata ausgesprochen ist, wo vasa utenda com-

*) cf. l. 9. pr. D. 45. 2. eandem rem .... duobus similiter commodavi; fiunt duo rei promittendi. Ueber die Correalverbindlichkeit s. im allgem. Theil des Obligationenrechts Kap. III. §. 220.

muni periculo data erant, läßt sich daraus erklären, weil der Ausdruck communiter in römischer Sprache nur auf obligationes pro rata geht. Daher dürfte man geneigter seyn, denjenigen Rechtsgelehrten beizustimmen, welche dafür halten, daß es keinen Unterschied in Ansehung der Solidarverbindlichkeit machen könne, ob das Object selbst restituirt oder nur der Werth oder die theilweise Beschädigung vergütet werden kann, vielmehr die mehreren Commodatare einer Sache, vorbehältlich des beneficii divisionis unter sich, dem Commodanten in solidum tenent seyen, s. Thibaut System §. 548., Braun Dictaten §. 889., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 1876., Stryck Us. mod. Pand. Lib. 13. tit. 6. §. 9., Emminghaus ad Coccej. tit. eod. qu. 5. not. a., Voet Comm. h. t. §. 3., Cujacii Obs. Lib. 26. cap. 26., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 268. Dieser Meinung ist auch Glück a. a. O., ausgenommen, wenn den Mehreren auf gemeinschaftliche Gefahr geliehen wurde, wo dann l. 21. §. 1. cit. für die Verbindlichkeit pro rata entscheidet.*) Mehreren Commodanten einer Sache kann wohl nur dann, wenn diese untheilbar ist, nach Analogie der l. 1. §. 44. D. 16. 3. die actio in solidum zugestanden werden.

Zu 9) Regelmäßig haftet der Erbe nur für den durch die Erbschaft auf ihn gekommenen Antheil, l. 3. §. 3. D. 13. 2. Nur ausnahmsweise haftet er in solidum nach l. 12. D. 44. 7. ob dolum malum defuncti heres in solidum tenetur. Außerdem haftet derjenige Erbe auf das Ganze, in dessen Hände die Sache gekommen ist, l. 3. §. 3. D. 13. 6., oder auch derjenige, durch dessen alleinige Schuld die Sache zu Grunde gegangen ist; l. 17. §. 2. D. 13. 6., Glück Thl. XIII. S. 473., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 558.

Zu 10) Gegen verschiedene Dissentienten, Walch controv. jur. civ. pag. 536., ist nun wohl allgemein zu a) der Grundsatz angenommen: Commodatum excludit compensationem, s. im allgem. Theil Kap. VI. §. 247. Nr. 2., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. S. 270., was auch in l. 4. C. 4. 23. klar ausgesprochen ist, ausgenommen natürlich

---

*) Abweichend ist Unterholzner a. a. O. S. 558. Einen ungetheilten Anspruch erkennt er an bezüglich der Restitution der Sache, wenn aber diese nicht mehr restituirt werden kann, nur einen getheilten, wenn der Verlust durch Zufall oder durch eine nicht gemeinsame Verschuldung entstanden ist. — Hält man alle Meinungen zusammen, so wird man wohl zu keinem andern Resultat gelangen als: Der Beurtheilung des Richters bleibt es anheim gegeben, ob im einzelnen Fall eine Correalverbindlichkeit beabsichtigt worden sey, im Zweifel aber dürfte zu vermuthen seyn, daß der Leiher solche beabsichtigt habe.

solche Gegenansprüche, welche aus demselben Geschäft entsprungen sind, l. 18. §. 4. D. 13. 6. Indessen ist der aufgestellte Satz doch nur insoweit unbezweifelt giltig, als es sich um Naturalrestitution der geliehenen Sache handelt, dagegen wenn nur der Werth erstattet werden kann, mithin eine Quantität den Gegenstand der Klage ausmacht, die Vorschrift eintritt: in omnibus actionibus ipso jure compensationes fieri sancimus, l. 14. pr. C. 4. 31.; denn es ist gleichviel, ob die schuldige Quantität aus einem Commodat oder aus einem anderen Fundament herrührt; Glück Thl. XIII. S. 465. — Zu b) Daß die Sache Eigenthum eines Dritten sey, kann im Allgemeinen kein Recht geben, die Sache dem Hinleiher vorzuenthalten, l. 15. l. 16. D. 13. 6., Heimbach a. a. O., Unterholzner a. a. O.

Zu 11) Die Bejahung dieser Frage leidet im Allgemeinen keinen Zweifel, l. 13. §. 1. D. 13. 6. wofern ihm nämlich die Ueberlassung des Gebrauchs an Andere nicht erlaubt war; Unterholzner a. a. O. S. 557. Anm. b. In Ansehung der vom Commodatar gezogenen Früchte, für welche er dem Commodanten als Eigenthümer ebenso wie für die Hauptsache culpam und diligentiam zu prästiren hat, l. 5. §. 9. D. 13. 6., läßt sich eine Ausnahme von der Regel denken, wenn sich ohne Fruchtgenuß sonst kein Gebrauch von der Sache machen läßt. Soweit also jener in der Intention beider Theile liegen mußte, hat der Commodatar auch die Früchte nicht herauszugeben, sondern nur die Sache in statu frugifero, in welchem er sie empfing, zu restituiren; Heimbach a. a. O. S. 659., Glück a. a. O. S. 461., Höpfner Instit. §. 777. Anm. 1.

Zu 12) In der Regel wird die Zurücknahme der Sache nicht sofort für Verzichtleistung auf Schadensersatzansprüche angenommen; l. 3. §. 1. D. 13. 6. Dieses Gesetz spricht so bestimmt, daß die entgegengesetzte Meinung des Voet Comm. ad Pand. Lib. XIII. tit. 6. no. 7. nicht beachtet werden kann; Cocceji J. C. h. t. qu. 6., Heimbach a. a. O. S. 659., Walch controv. jur. civ. pag. 536. §. 5., Glück Thl. XIII. S. 460. Auch steht damit nicht in Widerspruch, wenn Unterholzner a. a. O. S. 557. sagt: in der Zurücknahme der Sache im verschlechterten Zustande liege an und für sich keine Verbindlichkeit zum Ersatz; es könne aber den Umständen nach wirklich eine Verzichtleistung anzunehmen seyn.

Zu 13) Daß in diesem Fall der Commodatar mit der act. commodati contraria nur ein alternatives Klagbegehren verbinden könne, entweder auf Zurückgabe des bezahlten Werths oder Auslieferung der wieder erhaltenen Sache, ist in l. 17. §. 5. D. 13. 6. bestimmt aus-

gesprochen. Nun halten zwar Voet l. c. §. 8. u. Glück a. a. O. S. 474. dafür, er könnte mit einer anderen Klage doch einen absoluten Anspruch auf das, was von beiden ihm lieber ist, durchsetzen, nämlich mit der rei vindicatio utilis die Sache selbst, weil er sie schon bezahlt hat, oder mit der condictio sine causa den bezahlten Preis, welchen nun der commodans ohne Grund besitzt, allein die l. 63. D. 6. 1., auf welche man sich für Zulässigkeit der Vindication beruft, paßt, wie Heimbach a. a. O. S. 662. bemerkt, nicht auf das Commodatsverhältniß, und die für die Condiction angeführte l. 2. D. 12. 7. macht deren Zulässigkeit vielmehr sehr zweifelhaft.

Zu 14) Der Commodatar muß den Zufall beweisen, daher das Erkenntniß gegen den Commodatar dahin zu fassen seyn wird, daß er den der Sache zugestoßenen Schaden dem Kläger zu vergüten schuldig sey, er könnte und wollte denn beweisen, daß er alle mögliche Sorgfalt auf die Sache gewendet, aber gleichwohl den Schaden nicht habe abwenden können; s. Heimbach a. a. O. S. 661.

Zu 15) Ein Gesetz, welches den commodans zur Aufhebung des Commodats vor Ablauf der bestimmten Zeit berechtigte, ist nicht vorhanden. Deshalb wird sie ihm auch von mehreren Rechtsgelehrten vermöge des Princips: quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, convertitur in mutuas praestationes actionesque civiles l. 17. §. 3. D. 13. 6. nicht zugestanden, selbst wenn der commodans durch einen Nothfall oder unvorgesehene außerordentliche Umstände sich zur Zurückforderung der geliehenen Sache veranlaßt fände; Voet Comm. ad Pand. Lib. XIII. tit. 6. §. 9., Glück Thl. XIII. S. 448., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 454. S. 192. Anm. 4., Schilling Lehrb. Bd. III. S. 255. Anm. 9. Nach der Meinung der meisten Rechtsgelehrten wird aber in solch unvorgesehenen außerordentlichen Fällen allerdings eine Ausnahme von der Regel statuirt. Sollte sich diese auch nicht, wie Einige dafür halten, aus der Analogie der locatio conductio geradezu rechtfertigen lassen, so spricht doch auch die Natur dieses wohlthätigen Vertrags und die bei ihm nothwendig prävalirende Billigkeit dafür, indem es der bona fides durchaus widerstreiten würde, wenn der Commodatar die Sache dem commodans länger vorenthalten wollte, als die auf beiden Seiten zu präsumirende stillschweigende Voraussetzung gestattet. Doch dürfte diese Meinung nur mit der Beschränkung anzunehmen seyn, daß der Commodatar nicht durch unzeitige Zurückforderung einen erheblichen Schaden leiden dürfe; l. 17. §. 3. D. 13. 6. Für unsere Meinung sind außer den bei Glück a. a. O. S. 446. Anm. 43. angeführten Rechtsgelehrten noch zu be=

merken: Walch controv. j. c. pag. 532., Dabelow Handb. des heut. Privatr. Thl. II. §. 1214., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 111. z. A., Höpfner Instit. §. 772., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 268., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 553. u. 556., Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. VI. S. 660. Damit stimmt auch überein das Preuß. allgemeine Landr. Thl. I. Tit. 21. §. 235. u. Code civil Art. 1889. Das Gegentheil ist angenommen im österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch §. 976.

Zu 16) Er muß dem Commodatar einen dolos*) zugefügten Schaden ersetzen, z. B. wenn er ihm wissentlich schadhafte Weingefäße leiht, und hinterher der Wein ausläuft, oder wenn er ihm wissentlich einen diebischen Sclaven lieh, l. 17. §. 3. l. 18. §. 3. l. 22. D. 13. 6. Verwendungen**) auf die Sache muß er ihm vergüten, wenn sie von einiger Bedeutung, Paul II. 4. §. 1. — Coll. X. 2. §. 5. — l. 18. §. 2. l. 22. D. 13. 6. und nicht zu den ganz gewöhnlichen zu rechnen sind, auch zur Erhaltung der Sache nothwendig waren, was auch dann angenommen wird, wenn sie zur Vollendung einer vom Eigenthümer bereits angefangenen Verbesserung erforderlich waren, Glück Thl. XIII. S. 474., Schilling Lehrb. Bd. III. §. 271. Anm. s., Donell. Comm. jur. civ. Lib. XIV. c. 3. §. 20. Er muß dem Commodatar, wenn dieser ihm wegen des von Dritten der Sache zugefügten Schadens Ersatz leistet, die Ansprüche abtreten, welche er selbst gegen den Urheber desselben hat, l. 12. D. 42. 1., Heimbach a. a. O. S. 662., Unterholzner a. a. O. S. 559.

Zu 17) Allerdings; denn nach gemeinem Recht geht die Vindication einer beweglichen Sache gegen den Besitzer unabhängig davon, ob er mit mir in ein Obligationsverhältniß getreten ist. Der Parömie: Hand muß Hand wahren, oder: da Jemand seinen Glauben gelassen, da muß er ihn wieder suchen, kann nur particularrechtliche Giltigkeit zugeschrieben werden; Kind Qu. for. T. III. pag. 114. Ebenso unzweifelhaft steht dem commodans das Separationsrecht wegen der res commodata im Concurs des Commodatars zu.

*) Nur ausnahmsweise muß der commodans auch für culpa levis einstehen, wenn er die Sache blos oder mit um seinetwillen geliehen hat, arg. l. 5. §. 2. D. 13. 6., Schilling a. a. O. §. 271. Anm. r.

**) Von Unterhaltungs- und Curkosten s. obige Fr. 4. in §. 269.

Kapitel V.

Precarium.*)

§. 270.

Dig. XLIII. 26. de Precario. Cod. VIII. 9. de Precario et Salviano interdicto. Paul. sent. rec. Lib. V. tit. 6. §. 10—12.

1) Erlangt der Precarist durch das precarium ohne besondere Stipulation den juristischen Besitz der Sache?

---

*) Da unter den Rechtsgelehrten darüber, welche Stellung das precarium im Rechtssystem einzunehmen habe, die größte Verschiedenheit herrscht, so findet sich der Verfasser einer weiteren Rechtfertigung des hier wegen naher Verwandtschaft des Precariums mit dem Commodat gewählten Platzes überhoben. Eigentlich sollte man wohl mit Puchta Pand. §.136. sagen: „Precarium ist eigentlich kein Rechtsgeschäft, sondern nur eine besondere Qualification des Besitzes, den der Precarist hat; durch die Einkleidung des Acts in einen Contract verliert er die Eigenschaft als Precarium;" l. 14. l. 15. §. 3. D. 43. 26. Allerdings wurde ursprünglich gar nicht die Idee eines Contracts mit dem Precarium verbunden, l. 14. §. 11. D. 47. 2. und das interdictum de precario ist nur Folge einer unerlaubten Handlung, die darin liegt, daß die Zurückgabe des Empfangenen gewissenlos verweigert wird. Erst später wurde angenommen, daß man das Precarium als einen den Empfänger zur Zurückgabe verpflichtenden Schuldvertrag ansehen könne; l. 23. D. 50. 17., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 565. — Zur Literatur ist zu bemerken: v. Savigny R. d. Besitzes §. 12a. u. 42. S. 563. der 6. Aufl., Niebuhr röm. Geschichte Thl. II. S. 167. der 2. Ausg., v. Buchholtz jurist. Abhandl. aus dem Gebiete des R. R. Misc. 18. über einen Fehler in der Definition des Precariums; Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. VI. S. 663., Kritz Samml. v. Rechtsf. Bd. I. S. 177., Schmidt Commodat und Precarium, C. Bulling d. Precarium Leipz. 1846., Degener Begriff des Precariums, J. G. Vogel über d. Precar. in Barth's Samml. auserlesener Dissertationen Bd. III. S. 190.

Ueber die Verjährung des interd. de precario s. Bd. I. §. 19. zu Fr. 3. Uebereinstimmend mit v. Vangerow setzt den Anfangspunkt auf den Moment der Hingabe und nicht auf den Moment der verweigerten Zurückgabe Bulling a. a. O. S.54. Der entscheidende Grund für diese von den meisten, Rechtsgelehrten, insbesondere von v. Savigny System Bd. V. S. 291. Anm. f. abweichende Meinung liegt darin, daß dem precario dans gleich von Anfang an das interd. de precario zusteht, und der Precarist, wenn er gleich jedem Dritten gegenüber eine justa possessio hat, doch dem precario dans gegenüber sich vom Anfang an in einer vitiosa s. injusta possessio befinde, v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 691.

2) Ist der durch das precarium verliehene Gebrauch frei und unbeschränkt? ist er auch mit dem Fruchtgenuß verbunden? Hat der precario Empfänger auch culpam zu prästiren?
3) Ist derjenige, welchem die Sache ausdrücklich auf eine bestimmte Zeit zum Gebrauch precario überlassen wurde, befugt, die Zurückgabe zu verweigern, wenn sie der Hinleiher vor Ablauf dieser Zeit verlangt?
4) Geht das Precarium auch auf die Erben des Precaristen über?
5) Wenn es auf den Beweis ankommt, ob derjenige, welcher sich in dem Besitz einer Sache oder eines Rechts befindet, denselben nur precario erlangt habe, wem liegt dann der Beweis ob, und wohin muß er gerichtet seyn?

Zu 1) Diese Frage wird von Einigen verneinend beantwortet, Schroeter Obs. jur. civ. obs. 4. cap. 1., allein für die von den Meisten vertheidigte entgegengesetzte Ansicht, daß durch die im Precario enthaltene Schenkung des Gebrauchs regelmäßig der jur. Besitz auf den Precaristen übertragen werde, entscheidet sehr bestimmt l. 2. §. 3. l. 4. §. 1. D. 43. 26. — l. 33. §. 6. D. 41. 3. und dieses geht auch consequent daraus hervor, daß bei dem precario das Interdict wegen Besitzstörung dem Precaristen, und nicht wie beim Commodat dem Geber verliehen ist, Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. VI. S. 663. u. 666., v. Savigny R. d. Besitzes §. 25., Puchta in Schunk's Jahrb. Bd. IV. S. 53., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 200. Anm. 1. lit. c., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 562., Bucher R. d. Ford. §. 110., Mackeldey Lehrb. §. 430. Anm. c. Zwar wenn blos das esse in fundo gestattet wird, so wird dadurch noch kein Besitz übertragen, l. 6. §. 2. l. 15. §. 1. D. 43. 26., wenn man sich aber das precario habere oder precario possidere erbittet, so entsteht immer Besitzübertragung. Auch bei Gerechtigkeiten wird ein uneigentlicher dem Dienstbarkeitsbesitz verwandter Besitz (juris possessio) auf Seite des Precaristen angenommen; l. 3. l. 4. §. 1. l. 15. §. 4. l. 12. §. 1. l. 2. §. 3. l. 15. §. 2. D. 43. 26. Dagegen werden in den Gesetzen zweierlei Verhältnisse erwähnt, unter denen die precarii rogatio nur Detention gibt: a) wenn der Faustpfandgläubiger seinen Schuldner die verpfändete Sache precario gebrauchen läßt, l. 15. §. 2. D. 2. 8. — l. 33. §. 6. D. 41. 3. — b) im Fall der Concurrenz der conductio mit der precarii rogatio; c) das vom Usu=

fructuar ertheilte precarium kann nur Detention zum Inhalt haben, da ihm selbst Besitz an der Sache nicht zusteht. Manche setzen noch hinzu d) es könne auch besonders ausgemacht seyn, ob blos Detention oder Possession übergehen solle, allein s. dagegen Bulling d. Precar. S. 30.

Zu 2) Die im Precarium enthaltene Schenkung des Gebrauchs*) involvirt allerdings das Recht des Precaristen, die Sache so zu gebrauchen, wie er sich seines Eigenthums bedienen würde, insofern er dabei nur nicht böswillig zu Werke geht. Nicht nur ist in den einschlagenden Gesetzstellen nirgend von einer Beschränkung die Rede, sondern es geht sogar das Gegentheil daraus hervor, daß regelmäßig die Früchte der Sache dem Precaristen gehören, denn erst von Zeit des editum interdictum an hat er die Früchte und omnem causam zu präſtiren, l. 8. §. 4. u. 6. D. 43. 26.; dagegen er auch nicht, wie beim Commodat, für Verwendungen und Meliorationen Vergütung fordern kann**), und — culpose, positive, der lex Aquilia unterworfene Beschädigungen, sowie die Folgen des Verzugs abgerechnet, l. 8. §. 6. D. 43. 26., Glück Thl. X. S. 317. — nur wegen dolus gehalten ist***); l. 8. §. 3. u. 5. D. 43. 26. — l. 23. D. 50. 17., Unterholzner a. a. O. S. 662., Heimbach a. a. O. S. 666.

---

*) l. 14. §. 11. D. 47. 2. Simile donato precarium est.

**) Wenn Unterholzner a. a. O. S. 568. Anm. 9. sagt: „wenn der Empfänger des Precariums Verwendungen zu machen genöthigt war, konnte ihm den allgemeinen Grundsätzen nach die act. negot. gest. gegeben werden," so versteht sich dieses wohl nur von solchen Verwendungen, ohne welche die Substanz Schaden oder gar den Untergang erlitten haben würde.

***) Man erkennt hierin sogleich die wichtigen Unterschiede zwischen dem Precarium und dem Commodat, welch letzteres weder den juristischen Besitz, noch den Fruchtgenuß, sofern nur der Gebrauch der Sache ohne Fruchtgenuß möglich ist, überträgt. Der Precarist gelangt also zu einer größeren Freiheit des Gebrauchs als der Commodatar, welcher sogar diligentia und custodia präſtiren muß, er ist aber auf anderer Seite beschränkter als der Commodatar, denn dieser hat eine act. contraria gegen intempestive Zurückforderung der Sache, wogegen sie der Precarist in jedem Moment, in welchem es dem Verleiher beliebt, zurückgeben muß. Uebereinstimmend ist aber Commodat und Precarium darin, daß eines wie das andere zwar nicht an eigener Sache des Empfängers (den Fall der l. 6. §. 4. l. 7. D. 43. 26. ausgenommen), wohl aber an der Sache eines Dritten möglich ist, und daß die Zurückgabe nicht durch einen Gegenanspruch abgelehnt werden kann; s. Unterholzner a. a. O. S. 566. Der Unmündige oder Minderjährige, welcher ein Precarium ohne Beitritt seines Vormunds bekommen hat, wird nur insofern verpflichtet, als er die Sache hat; l. 22. §. 1. D. 43. 26.

Zu 3) Auch wenn Jemandem auf eine gewisse Zeit eine Sache geliehen ist, bleibt die Zeitbestimmung nach der Natur des Precariums eben auch widerruflich; l. 12. pr. D. 43. 26. Struv. Syntagma jur. civ. Ex. 45. th. 160., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. XLIII. 26. §. 12., Mevii Dec. P. VIII. dec. 402., Berger Oecon. jur. pag. 587., Vogel Diss. cit. §. 10., Bulling a. a. O. S. 14., Unterholzner a. a. O.,*) Heimbach a. a. O. Zwar behaupten Manche nach heutigem Gebrauch das Gegentheil, quia videtur transfundi precarium in commodatum, Brunnemann Comm. ad Lib. XLIII. tit. 26. §. 12., Hufeland Lehrb. §. 372. Anm. 3., Leyser Sp. 510. med. 12. und gehen sogar so weit, auch beim unbestimmten Precarium eine intempestive Zurückforderung, durch welche der Precarist in Schaden und Verlegenheit käme, für unzulässig zu erkennen, Stryck Us. mod. Pand. Lib. XIII. tit. 6. §. 3. Lib. XLIII. tit. 26. §. 1. u. 2., Pütter Rechtsf. Bd. I. S. 20. no. 45. Die dafür angeführte l. 1. D. 43. 26. sagt aber davon kein Wort, und der Grund dieser Meinung: quoniam si precario concedens semel in adjectionem temporis consensit, alter eo invito rem non possidet, sed potius eo volente et consentiente, quod vero postea sententiam mutet, hoc ipsi post consensum semel interpositum proficere nullo modo potest, Stryck l. c., könnte nur dann vielleicht entscheiden, wenn die neuerlich zwar von Schilling Lehrb. Bd. III. S. 621. Anm. mm. gegen v. Savigny R. d. Besitzes S. 588., Hasse die culpa §. 96. no. 1. und Andere vertheidigte, aber doch nur uneigentliche Ansicht als Grundprincip gelten könnte, daß das Precarium ein Contract sey;**) das interdict. de precario kann aber unmöglich als eine Art von Vertragsklage angesehen werden; v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 691. Ueberdem ist die l. 12. cit. dieser Meinung ausdrücklich entgegen, und wenn Thibaut System §. 557. (Ed. 8.) behauptet, dieses müsse nach unseren Begriffen über pacta adjecta wegfallen, so ist dagegen zu erinnern, daß dadurch der Charakter des Instituts völlig zerstört würde; Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 576. Anm. 6., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. S. 315. (§. 252.), Müller ad

---

*) Dieser hält jedoch die Einschränkung für nöthig, daß der Verleihende den Precaristen durch intempestive Zurückforderung nicht chicaniren dürfe, denn wenn der Precarist nicht dolos gegen den Verleihenden handeln dürfe, so müsse dies auch umgekehrt gelten.

**) Precario utitur, qui *non ex ullo contractu et pacto*, sed tantum ad preces suas ex sola indulgentia ejus, qui rogatus est, re concessa utitur, Cocceji J. C. Lib. XLIII. tit. 26. qu. 1.

Leyser Obs. 843., v. Vangerow a. a. O., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 111.

Zu 4) Mit dem Tod des Precaristen hört das ganze Verhältniß auf, und geht nicht auf dessen Erben über, l. 12. §. 1. D. 43. 26., der Tod des precario concedens hingegen löst in der Regel zwar das precarium nicht auf, l. 8. §. 1. D. 43. 26., wofern der Verleiher dasselbe nicht ausdrücklich auf die Dauer seines Willens beschränkt hat,*) denn alsdann bricht der Tod den Willen, l. 4. D. 19. 2., Schweppe a. a. O. §. 575.; aber der Erbe desjenigen, welcher precario concedirte, kann das Widerrufsrecht ebenso, wie sein Erblasser, geltend machen; l. 12. §. 1. D. 43. 26. Insolange, bis er es geltend macht, besitzt der Precarist auch dem Erben gegenüber nur precario, wenn er auch den Letzteren gar nicht kennt; l. 8. §. 1. D. 43. 26. Auch der Erbe des Precaristen wird bis dahin dem concedens oder dessen Erben gegenüber noch durch die Fiction einer stillschweigenden Erneuerung, l. 4. §. 4. D. ibid., als precario possidens angesehen, indem gegen ihn das interdictum de precario stattfindet, l. 8. §. 8. ib., gleichviel, ob er sich noch im Besitz befindet, oder es arglistiger Weise dahin gebracht hat, daß er nicht mehr besitze, oder daß er den Gegenstand nicht überkomme; wegen Arglist des Erblassers aber haftet er nur soweit, als etwas an ihn gelangt ist; l. 8. §. 8. cit., vergl. v. Buchholtz Versuche S. 176. Das precarium bleibt auch dem Käufer der Sache gegenüber fortbestehend, so lange dieser nicht widerruft; l. 8. §. 2. D. 43. 6.

Zu 5) Weil in der Regel eine Liberalität nicht vermuthet wird, so muß von demjenigen, welcher die Folgen eines ihm entgegenstehenden Besitzes abwenden will, nothwendig die bittweise Ueberlassung bewiesen werden; Leyser Sp. 451. med. 9. u. 10. Am häufigsten wird darüber bei Servituten gestritten. Obgleich nämlich durch ein precarium keine Servitut constituirt werden kann, Glück Thl. IX. S. 65., so ist doch eben dies oft sehr zweifelhaft, ob eine wirkliche Servitut vorhanden sey, oder ein bittweiser Gebrauch; s. Gett prakt. Erörter. no. 26. Am strengsten muß es freilich mit dem Beweis des Precariums, selbst wenn ihm Vermuthungen zu Statten kommen,**) alsdann genommen werden, wenn ein 30= und mehrjähriger Besitz auf der andern Seite vorhanden ist, aber es kann auch der Fall seyn,

---

*) Was nach l. 4. D. 19. 2. schon in den Worten liegt: quoad is, qui dedisset, vellet.

**) Ob bei der Koppelhut ein Precarium zu präsumiren sey, s. Bd. II. §. 114. zu Fr. 14.

daß selbst durch einen 100jährigen Besitz die Eigenschaft des Precariums nicht aufgehoben wird. So findet man in Becker Samml. v. Rechtsf. sogar einen 200jährigen Besitz eines dem Ortspfarrer bewilligten Emoluments als zur Erlangung eines Rechts ungeeignet verworfen, weil die ursprüngliche Verleihung nur gegen Reversales de non praejudicando geschehen war. Es ist allerdings schwierig zu bestimmen, was denn eigentlich erfordert werde, um ein precarium als erwiesen annehmen zu können. Gegen die Meinung von Cocceji jus civ. controv. Lib. XLIII. tit. 26. qu. 1. quid si re ad alterius preces ipsi tradita causa tradendi expressa non sit, neque appareat, num pro donatione, aut commodato, an pro precario habendum? Resp. in dubio precarium videri etc. erheben sich zu große Bedenken. Bitten können an und für sich nicht als entscheidendes Criterium des Precarii gelten, schon deswegen nicht, weil sie auch in bloßer Höflichkeit ihren Grund haben können, s. Bd. II. §. 87. zu Fr. 3., Leyser Sp. 510. med. 6., Kritz Samml. v. Rechtsf. Bd. I. S. 181.; vorausgegangene Bitten sind zwar der gewöhnliche Entstehungsgrund des Precariums, aber kein nothwendiger, precarium sine precibus et preces sine precario esse possunt, Vogel Diss. de precario §. 7., Leyser Sp. 510. med. 1—3., v. Savigny R. d. Besitzes §. 25., und kein absolut entscheidender, denn es kann etwas auch als ein Recht erbeten werden, und wird dann auch zum Recht. Wenn es z. B. in einer Urkunde heißt: das Recht oder die Dienstbarkeit oder der Gebrauch derselben, z. E. Jagd, Fahrweg ꝛc., sey auf Bitten des Andern eingeräumt worden, so beweist dies nicht immer ein Precarium, denn ein auf Bitten des Andern eingegangener wirklicher Vertrag bewirkt eine vollkommene Verbindlichkeit; Stryck Us. mod. Pand. Lib. XLIII. tit. 26. §. 2., Leyser Sp. 510. med. 7. Das Meiste wird hierbei der richterlichen Beurtheilung der verschiedenen Fälle überlassen bleiben müssen. Familiarität zwischen dem Concedenten und Empfänger kann dabei vorzüglich in Betracht kommen; l. 41. D. 41. 2., Vogel Diss. cit. pag. 506. §. 7. Mit der Behauptung eines durch Verjährung erworbenen Rechts steht es insbesondere im geraden Widerspruch, wenn man mehrmals um die Ausübung desselben, z. B. einer Wegegerechtigkeit bittet, weil von der erwerbenden Verjährung die Ueberzeugung, daß man aus einem Recht handle, unzertrennlich ist; Kritz Samml. v. Rechtsf. Bd. I. S. 183. Unbedingt entscheidendes Criterium eines precarii ist es, gemäß l. 1. pr. D. 43. 26., wenn der concedens sich den Widerruf vorbehalten hat. In eo precarii natura consistit, quod concessio pro lubitu concedentis revocari queat, preces vero nihil ad

rem conferunt, Vogel Diss. cit. §. 7., Curtius Handb. des im Königr. Sachsen geltenden Civilr. §. 443. Anm. b., Leyser Sp. 510. med. 4., Mackeldey Lehrb. §. 430. Es ist daher wohl zu viel verlangt, wenn v. Hartitzsch Entscheid. prakt. Rechtsfr. no. 60. einen doppelten Beweis fordert, nicht nur, daß der Widerruf vorbehalten worden, sondern auch, daß der Besitz bittweise erworben worden sey. — Den Precaristen, welcher die Zurückgabe der Sache widerrechtlich verweigert, und bis zum Endurtheil bei der Weigerung verharrt, trifft übrigens nach l. 10. C. 8. 4. l. 34. C. 4. 65. der Nachtheil, daß er außer der zu restituirenden Sache auch noch deren Werth dem Kläger bezahlen muß; Schilling Lehrb. f. Instit. Bd. III. S. 615.

Kapitel VI.

Depositum.

§. 271.

Dig. XVI. 3. Cod. IV. 34. Depositi vel contra.

1) Da das Depositum zu denjenigen Verträgen gehört, quibus re contrahitur obligatio, so fragt sich, ob schon das bloße Versprechen, die Sache in Verwahrung zu nehmen, obligire?
2) Kann die actio depositi directa*) auch wohl gegen den dritten Besitzer, welchem der Depositar von seiner Seite hinwiederum die deponirte Sache in Verwahrung gegeben hat, utiliter angestellt werden?
3) Kann auch eine in Hut und Aufsicht übergebene unbewegliche Sache als ein Depositum rechtlich betrachtet werden?
4) Da der Depositar nur dolus und die diesem gleich gesetzte culpa lata präſtirt, so fragt sich, durch welche Merkmale

*) Daß gegen den Depositar executivisch ex deposito geklagt werden kann, unterliegt keinem gegründeten Zweifel, wenn es auch nicht, wie Mevius P. II. dec. 37. und Stryck de cautel. contract. Sect. II. Cap. III. §. 17. fordert, ausdrücklich clausulam guarentigii et paratissimae executionis enthält, es genügt, daß das Document guarentigiatum ist; Gett v. Executivproceß S. 28. u. 96., Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. VI. S. 218.

sich dieses Rechtsgeschäft von anderen, welche mit größerer Verantwortlichkeit verbunden sind, unterscheidet?

5) Was für ein Unterschied ist insbesondere zwischen Depositum und Sequester?

6) Wenn eine Sache auf gewisse Zeit deponirt wird, steht dann dem Deponenten, welcher sie früher zurückfordert, eine Einrede entgegen? oder auch

7) dem Depositar, wenn er unerwartet vor der bestimmten Zeit auf Zurücknahme gegen den Deponenten dringt?

8) Kann der Depositar durch den Einspruch eines Dritten sich berechtigt halten, die Zurückgabe der deponirten Sache zu verweigern?

9) Wo muß die Zurückgabe geschehen?

10) Muß der Depositar, wenn ihm Sachen in einem verschlossenen oder versiegelten Behältniß übergeben worden sind, für den Inhalt einstehen, auch wenn dieser ihm nicht bei der Hinterlegung namhaft gemacht oder vorgezeigt worden ist?

11) Nach welchen Grundsätzen ist die dem Depositar neben dem dolus auch zur Last fallende culpa lata zu beurtheilen?

12) Ist der Depositar bei eintretender Gefahr verbunden, eher zur Rettung der deponirten, als seiner eigenen Sachen zu schreiten?

13) Haften mehrere Depositare einer Sache, desgleichen mehrere Erben eines Depositars pro rata oder in solidum?

14) Wie befreit sich der Depositar von seiner Verbindlichkeit, wenn der Deponenten mehrere, oder Mehrere Erben eines Deponenten sind?

15) Steht dem Depositar ein Retentions- oder Compensationsrecht nicht wenigstens wegen der auf die deponirte Sache verwendeten Kosten zu? oder selbst wegen anderer Forderungen wenigstens dann, wenn der Deponent nicht auf die Sache selbst, sondern auf deren Werth geklagt hat, oder wenn die Deposition fungibler Sachen gleich Anfangs unter der Bedingung geschah, daß nicht idem, sondern tantundem zurückgegeben zu werden braucht?

16) Kann der Depositar die Einrede gebrauchen, daß dem Deponenten gar kein Recht an der Sache zustehe? oder

17) daß sie ihm, dem Depositar, selbst gehöre?

18) Finden die in den römischen Gesetzen auf die Untreue des Depositars gesetzten Strafen noch h. z. T. statt?

19) In Ansehung des depositum irregulare entsteht die Frage:
a) inwiefern bewirken Irregularitäten überhaupt, daß das Depositum nicht mehr als solches, sondern als ein anderer Contract aufgefaßt, oder der Uebergang in einen anderen Contract angenommen werden muß? — b) Wann versetzt ein depositum irregulare den Depositar in die Verbindlichkeit zur Verzinsung?

20) In welcher Zeit verjähren die Ansprüche, welche anvertrauter Sachen wegen stattfinden?

21) Wem steht das Eigenthum an den in Folge einer Vor- und Widerklage gerichtlich deponirten Effecten zu?

22) Inwieweit haftet der Beamte für die ihm anvertrauten Depositen? — insbesondere der Amtsvorstand?

Mehreres über die Haftung des Staats oder eines Gutsherrn aus fehlerhaften Handlungen seiner Beamten s. unten Kap. XXX.: Ueber Beschädigung durch Amtshandlungen.

Zu 1) Nach römischem Recht zwar muß man mit Glück Thl. XV. S. 140. sagen: „so lange die Uebergabe*) noch nicht erfolgt ist, ist noch kein Depositum vorhanden.“ Ob aber die Eigenthümlichkeit der Realcontracte durch die Grundsätze des neueren Rechts, daß man sich durch bloße Uebereinkunft allenthalben verbinden könne, nicht gänzlich verwischt ist, das ist noch eine Frage. Wenn auch grundlose Weigerung des Promittenten gegen die versprochene Annahme des Depositums einen Anspruch auf Entschädigung begründen mag, so wird man doch wenigstens dann, wenn Umstände eintreten, welche die Annahme des Depositums unthunlich oder wenigstens so lästig machen, daß es ganz unbillig wäre, sie jetzt noch verlangen zu wollen, die muthmaßliche Intention des Promittenten nicht leicht für eine so ganz

*) Daß, um die Obligation zwischen Deponenten und Depositar zu begründen, nicht die unmittelbar persönliche Uebergabe und Empfangnahme nothwendig ist, sondern in deren Namen auch durch andere Personen vor sich gehen kann, ist wohl keinem Zweifel unterworfen; l. 1. §. 14. l. 25. pr. D. 16. 3., Luden in Weiske's Rechtslex. Bd. III. S. 314., Glück Thl. XV. S. 140. Eine sonderbare Bestimmung des R. R. ist: quae depositis rebus accedunt, non sunt deposita. Wenn also ein Pferd mit Sattel und Zaum deponirt wird, so gilt blos das Pferd als Depositum, l. 1. §. 5. D. 16. 3., und doch soll nach l. 1. §. 24. D. 16. 3. die Sache cum omni causa restituirt werden. Vergl. Kreittmayr Anmerk. zum Cod. Bavar. civ. P. IV. pag. 139.

unbedingte Verpflichtung, sondern mehr für eine reine Gefälligkeit, als für eine rechtliche Verbindlichkeit annehmen dürfen; Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 662.

Zu 2) Manche Rechtsgelehrte lassen die act. depos. gegen den dritten Besitzer nicht zu; v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. (§. 230.) S. 285., Püttmann D. de act. dep. adversus tertium possessorem haud competente. Opusc. pag.186. Andere halten dafür, der Deponent müsse sich von seinem Depositar die Klage gegen den Dritten, dem dieser die Sache weiter übergeben hat, abtreten lassen; Noodt Comm. ad Dig. Lib. 16. tit. 3., Bucher R. d. Ford. §. 100. S. 351. Das Uebergewicht der Gründe scheint indessen auf Seite derjenigen zu seyn, welche, den Grundsätzen des Justinianeischen Rechts gemäß, dem Deponenten die Klage gegen den dritten Uebernehmer der Sache auch ohne besondere Cession gestatten; denn a) in Paul. sent. rec. II. 12. §. 8. wird dies ausdrücklich gesagt; b) die l. 16. D. 16. 3., welche man für die Nothwendigkeit einer Cession anführt, spricht nur von dem besonderen Falle, wo der zweite Depositar sich eines dolus schuldig gemacht hat, welchen freilich nur derjenige, welcher die Täuschung erlitt, und kein Anderer ohne Abtretung der Klage bekämpfen kann; c) außerdem spricht auch l. 8. C. 3. 42. dafür, welche der Kürze und Billigkeit wegen eine solche Klage auch demjenigen gewährt, welchem, ohne daß er selbst den Vertrag geschlossen hat, oder Erbe des Deponenten geworden ist, lediglich zufolge der zwischen dem Deponenten und Depositar getroffenen Verabredung die Sache von diesem restituirt werden soll; cf. l. 1. §. 11. u. 33. l. 26. D. 16. 3. — Collat. X. 7. §. 8., Schilling Lehrb. f. Institt. §. 273. Anm. x., Glück Thl. XV. S. 219., Luden a. a. O. S. 321., Unterholzner a. a. O. S. 665. Anm. g., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 272., Rau D. de act. dep. adversus tertium possessorem. Lips. 1775. Von selbst versteht sich übrigens die Statthaftigkeit der Vindicationsklage gegen den Dritten, wenn sich die Sache noch bei ihm befindet.

Zu 3) Viele Rechtsgelehrte behaupten den Satz: datur depositum rei immobilis, Walch controv. jur. civ. pag. 526. et ibi cit., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 16. tit. 3. §. 10., Voet Comm. h. t. §. 9., Höpfner Institt. §. 779., und haben dieses für sich, daß l. 1. pr. §. 8. D. 16. 3. sagt: depositum est, quod custodiendum alicui datur, indem auch Immobilien Gegenstand der custodia seyn können, auch beim Sequester es unstreitig sind, welcher doch auch in den Gesetzen als Depositar betrachtet wird, l. 12. §. 2. l. 5. §. 1. l. 17. D. 16. 3. — l. 110. D. 50. 16.; endlich auch die Bezeichnung

commendare, welche mehr auf Immobilien passend scheint, als ponere, in den Gesetzen ganz gleichbedeutend mit deponere gebraucht wird; l. 186. D. 50. 16. — l. 24. D. 16. 3. Da aber die Obhut über Immobilien doch etwas Anderes und viel mehr in sich begreift, als die bloße Verwahrung einer Sache, so nehmen die meisten Rechtsgelehrten hier vielmehr den Rechtsbegriff eines Mandats an. Plenius est mandatum, habens et custodiae legem; l. 1. §. 12. D. 16. 3., Bucher R. d. Ford. S. 347., Koch a. a. O. Bd. III. §. 271. und die dort angeführten Struv, Stryck, Cocceji, Emminghaus ꝛc., Glück Thl. XV. S. 146., Thibaut Syst. §. 551., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. (§. 229.) S. 283., Weidlich D. de custodia rei alienae immobilis non depos., sed mandat. Lips. 1732., Luden in Weiske's Rechtslex. Bd. III. S. 314., Schilling Lehrb. Bd. III. §. 272., Hasse die culpa des R. R. S. 443. u. 486.

Zu 4) Das Unterscheidende ist vorzüglich in folgenden Beziehungen wahrzunehmen:

A) daß die bloße Aufbewahrung der ganze und einzige Zweck des regelmäßigen Depositums ist, daß mithin a) der Depositar nur diese und nichts weiter übernimmt; denn würde er mehr übernehmen, oder die Aufbewahrung sich als Nebensache darstellen, wie beim Pfandvertrag u. dergl., so ginge das Geschäft — wie zur Fr. 3. bemerkt wurde — in einen andern Vertrag, z. B. in ein Mandat, über. So ist es auch nicht mehr Depositum, sondern Mandat, wenn man eine Sache erhält, um sie einem Dritten in Aufbewahrung zu geben und, falls dieser sie nicht annähme, sie selbst aufzubewahren, oder, wenn man den Auftrag bekommt, die Sache, welche bereits ein Dritter in Aufbewahrung hatte, sich herausgeben zu lassen und selbst aufzubewahren, l. 1. §. 11—13. D. 16. 3., Glück Thl. XV. S. 141., oder, wenn man einem Anwalt die zur Proceßführung nöthigen Documente übergibt; l. 8. pr. D. 17. 1. Damit hängt es zusammen, daß b) der Depositar auch vom Gebrauche der Sache entfernt bleibt. Durch die eingeräumte Gebrauchsbefugniß wird das ponere oder deponere, wenn auch nicht immer — was Schmid im civil. Archiv Bd. XXX. no. 3. gegen Neustetel in den röm. rechtl. Untersuchungen no. I. S. 23. und Glück Thl. XV. S. 169. leugnet — doch gewiß gewöhnlich von einem andern Contract, der die Zweckbestimmung in sich faßt, absorbirt, und zwar bei nicht fungiblen Sachen wird es ein Commodat, oder Precarium, bei

fungiblen Sachen entweder 1) ein dem Darlehn ganz ähnliches Geschäft, depositum irregulare;*) denn wenn ich Jemandem unverschlossene Gelder baar zugezählt übergebe, mit der unzweifelhaften Intention, nicht ut idem sed ut tantumdem restituatur, l. 31. D. 19. 2., so muß man wohl sagen: egreditur ea res depositi notissimos terminos.**) Oder 2) es entsteht

*) Das depositum irregulare hat mit dem mutuum dieses gemein, daß das Object ein fungibles, die Restitution daher in genere zu leisten ist, und daß mit dem gestatteten Gebrauch das Eigenthum, folglich auch die Gefahr der in der übergebenen Summe enthaltenen einzelnen Stücke auf den Empfänger übergeht. — Verschieden sind beiderlei Geschäfte auch noch nach neuerem Recht darin, daß der act. depositi directa nicht wie der Darlehnsklage die exc. compensationis entgegengesetzt werden kann, auch nach l. 14. §. 1. C. 4. 30. die exc. non numeratae pecuniae nicht gegen einen Depositionsschein Platz greift; ferner, daß mit dem depositum ein privilegium exigendi verbunden ist, welches dem mutuum nicht zusteht, endlich das depositum nach freiem Belieben des Deponenten zu jeder Zeit zurückgefordert werden kann, l. 24. D. 16. 3., während beim mutuum dieses nur ausnahmsweise und gegen die Natur dieses wesentlich den Vortheil des Empfängers bezweckenden Geschäfts vorkommt, vielmehr gewöhnlich das Darlehnsgeschäft mit Festsetzung eines Termins, vor dessen Eintritt nicht zurückgefordert werden darf, verbunden ist. — Ist es nun beim Mangel einer bestimmten Erklärung der Contrahenten ungewiß und streitig, welches von beiden Geschäften sie eigentlich gewollt haben, so ist es vorzüglich für ein mutuum entscheidend, wenn der Geber nicht schlechterdings nach Willkür zurückfordern kann. Außerdem ist darauf zu sehen, ob durch das Geschäft der Nutzen des Gebers oder des Empfängers vorzugsweise erzielt wurde; Schmid supra cit.

**) Deshalb heißt es irregulare, und kommt gewöhnlich dann vor, wenn fungible Sachen hinterlegt werden. Vergl. Seuffert's Archiv XVI. No. 211. Dabei ist aber noch folgendermaßen zu unterscheiden: 1) Ist die fungible Sache schlechthin deponirt, so wird dadurch, daß der Depositar die Sache unbenutzt läßt, die Eigenschaft eines depositi regularis erhalten, erst wenn der Gebrauch überlassen wird, geht es in ein depositum irregulare über et *transit* periculum ad depositarium; l. 9. §. 9. D. 12. 1. 2) Ist die Sache mit der Verabredung, ut tantundem solveretur, deponirt, so ist von Anfang an ein depositum irregulare begründet. 3) Wurde eine fungible Sache mit Gebrauchsgestattung hinterlegt, aber ohne daß diese vom Depositar erbeten oder wirklich angenommen worden ist, so ist das depositum gleichwohl ein regulare, hört aber auf, es zu seyn und geht in ein mutuum über, sobald der bisherige Depositar das Gebrauchsrecht in Folge der ertheilten Erlaubniß annimmt; l. 10. D. 12. 1. — Ob ein depositum irregulare auch an einer nicht fungiblen, sondern speciell bestimmten Sache, wenn dabei der Gebrauch gestattet wird, angenommen werden könne, ist bestritten. In den Quellen des röm. Rechts findet man davon keine Spur, daher es um so schwerer ist, der bejahenden Meinung Schmid's a. a. O. beizustimmen, da die wesentlichen Eigenheiten

ein wirkliches Darlehn. Wenn ich z. B. Jemandem silberne Gefäße übergebe, damit er den durch den Verkauf zu erzielenden Erlös als Vorlehn behalten möge, so ist mit diesen silbernen Gefäßen, weil sie zu einem andern Zwecke, als der bloßen Aufbewahrung, gegeben waren, kein Depositum, sondern von vornherein schon ein Darlehnsgeschäft geschlossen. Dabei unterscheiden die Gesetze nur, ob das Verkaufsgeschäft oder das Darlehn nächster Zweck war, und ist letzteres der Fall, hatte ich nämlich nicht ohnedies die Absicht, die Gefäße zu verkaufen, sondern gab ich sie blos in Ermangelung baarer Mittel hin, um ein erbetenes Darlehn zu realisiren, so geht sogar die Gefahr des Zufalls auf den Empfänger über; l. 11. pr. D. 12. 1. Ebenso in dem in l. 4. D. 12. 1. bezeichneten Falle: Mein Freund wünscht zu einem beabsichtigten Kauf ein Darlehn, welches er aber zur Zeit noch nicht, sondern erst, wenn der Kauf zu Stande kommen wird, brauchen kann, ich aber, weil ich eben eine längere Reise vorhabe, lege das Geld zum eventuellen Gebrauch bei ihm nieder, da steht das Geld schon auf Gefahr des Empfängers, und ist schon ursprünglich kein eigentliches Depositum, weil es zu einem andern Zwecke, als dem der bloßen Aufbewahrung, übergeben ward. Ein ursprünglich wirkliches Depositum kann aber auch durch eine hinterher erbetene Gebrauchsgestattung in ein mutuum übergehen. Da nimmt dann das hintergelegte Geld vom Augenblick der Gebrauchsgestattung von selbst die Eigenschaft eines Darlehns an, und die Gefahr geht auf den bisherigen Depositar über, welcher nun brevi manu Eigenthümer geworden ist, l. 9. §. 9. D. 12. 1. — l. 34. pr. D. 17. 1., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VII. no. 355., Leyser Sp. 176. med. 4. c) Wenn der Deponent zwar einfach hinterlegt, aber die Gebrauchsbewilligung unter einer Potestativbedingung beifügt, deren Eintreten noch ungewiß ist, z. B. falls es etwa dem Empfänger wünschenswerth werden sollte, da verwandelt sich das Depositum in ein Mutuum erst dann, wenn der vorausgesetzte Fall und mit demselben der wirkliche Gebrauch von

---

des depos. irreg., nämlich, daß im Gebrauch auch der Verbrauch liegt, und nicht idem, sondern nur tantundem zu restituiren ist, wie Neustetel a. a. O. S. 23. zur Begründung seiner verneinenden Meinung bemerkt, nicht bei einer species, sondern nur bei fungiblen Sachen sich finden.

Seite des Depositars eintritt; l. 10. D. 12. 1. — l. 1. §. 34. D. 16. 3. – Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal ist

B) daß die Aufbewahrung unentgeltlich von dem Depositar geleistet wird. Denn geschähe sie nicht unentgeltlich, so würde, wenn die Vergeltung in einer bestimmten Geldsumme bestände, eine Vermiethung oder, sofern die Vergeltung von anderer Art wäre, irgend ein anderer unbenannter Contract stattfinden; l. 1. §. 8—10. D. 16. 3. Als unentgeltlich muß indessen das Geschäft nicht minder dann betrachtet werden, wenn das Gegebene nicht sowohl für eine Vergeltung als für eine Kostenentschädigung (z. B. für Wartung anvertrauter Thiere) anzusehen, oder eine freiwillige Erkenntlichkeit gereicht worden ist; l. 2. §. 24. D. 47. 8., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 271., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 661., Glück Thl. XV. S. 143.

C) daß der Depositar die Sache auf vorhergegangenes Ersuchen übernimmt; denn, wenn er es unaufgefordert thut, so ist das Geschäft als negotiorum gestio zu behandeln; Unterholzner a. a. O.

Zu 5) Den juristischen Besitz erlangt zwar der Sequester so wenig, als der Depositar, doch wird jenem derselbe häufig ausdrücklich übertragen, während von den streitenden Theilen noch keinem der Besitz zuerkannt werden kann; l. 17. §. 1. D. 16. 3. — l. 39. D. 41. 2., Glück Thl. XV. S. 144., v. Savigny R. d. Bes. S. 346. (Ed. 6.) Diese s. g. sequestratio necessaria findet nur in Fällen besorglicher Gefahr oder Rechtsverletzung, l. 1. §. 37. in f. l. 5. §. 2. in f. D. 16. 3. — l. 7. §. 2. D. 2. 8. — l. 22. §. 8. D. 24. 3. — l. 21. §. 3. D. 49. 1., und niemals bei bloßen Geldforderungen statt; l. un. C. 4. 4. Auch Personen können in Sequester genommen werden; Cocceji D. de foeminarum sequestro. Francof. 1698. Die geeigneten Fälle sind umständlich aufgeführt in Günther u. Hagemann Arch. f. d. th. u. prakt. Rechtsgelehrs. Thl. II. no. 8.; s. auch cap. 14. X. 4. 1. — cap. 8. u. 13. in f. X. de restit. spoliat. (2. 13.) — l. 1. §. 10. D. 25. 4. — l. 3. §. 4. u. 6. D. 43. 30., Boehmer Electa jur. civ. T. I. no. 16., Schott Einleit. in d. Eher. S. 169. u. 181. Die Sequestration kann nicht immer als eine Art des Depositums angesehen werden, sondern nur, wenn alle Requisiten desselben vorhanden sind; Buchholtz Versuche über einzelne Theile der Theorie d. h. R. R. no. 19. über den Unterschied zwischen Se=

questration u. Depositum, arbitrii receptum u. Mandat.; Braun zu Thibaut §. 894.

Zu 6) Die l. 11. C. 4. 34. schließt jede Einrede aus, und da dieser Vertrag blos dem Deponenten zum Vortheil geschlossen wird, so muß es ihm auch freistehen, seinen Willen zu ändern; l. 1. §. 45. u. 46. D. 16. 3., Glück Thl. XV. S. 190., Koch a. a. O. §. 272. Luden in Weiske's Rechtslex. Bd. III. S. 319.

Zu 7) Diese Frage ist zwar streitig, Walch controv. jur. civ. pag. 529.; allein die verneinende Meinung ist wohl mit Recht überwiegend, da die l. 11. cit. den Depositar ohne Unterschied verpflichtet, die Sache zurückzugeben, sobald der Deponent es will,*) mithin die Zeitbestimmung blos den Zweck hat, daß der Depositar sie dem Deponenten nicht wider seinen Willen früher aufdringen darf; Luden a. a. O. S. 319., Glück a. a. O., Voet Comm. ad Pand. Lib. 16. tit. 3. §. 9., Cocceji J. C. h. t. qu. 6.

Zu 8) Nach l. 11. §. ult. C. 4. 34. konnte zwar der Deponent die Sache in diesem Falle nur gegen eine dem Depositar zu leistende hinlängliche Caution zurückfordern; allein durch die Nov. 88. c. 1. ist dies dahin abgeändert, daß einem Dritten kein Inhibitionsrecht zusteht, sondern derselbe sich an den Deponenten selbst wenden muß. Erlaubt er sich dennoch, ein Verbot einzulegen, so hat er nicht nur die Gefahr des Unterganges oder der Verschlimmerung der Sache zu tragen, sondern auch zur weiteren Entschädigung des Deponenten 4 Proc. Zinsen zu bezahlen. Diese Bestimmung findet jedoch keine Anwendung, wenn obrigkeitlicher Arrest ausgebracht wird, l. 15. §. 12. D. 42. 1., oder wenn das Object aus Eigenthumsrecht vindicirt wird; l. 9. in f. D. 6. 1., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 665., Luden a. a. O. S. 320., Koch a. a. O. §. 272., Glück a. a. O. S. 191 rc., welcher auch die Meinung der Dissentienten, als sey die l. 11. cit. nicht durch die Nov. 88. aufgehoben, aus den klaren Worten der letzteren widerlegt.

Zu 9) An dem Orte, wo sie sich zu der Zeit befindet, zu welcher die Restitution geschehen soll, muß der Deponent die Sache zurücknehmen, selbst wenn sie nicht gerade an diesem Orte dem Depositar wäre in Verwahrung gegeben worden; l. 12. §. 1. D. 16. 3. Nur

---

*) Das statim solvere ist übrigens immer cum aliquo temperamento temporis zu verstehen, weshalb auch hier auf die Umstände billige Rücksicht genommen werden muß; l. 1. §. 22. D. 16. 3., Glück Thl. XV. §. 944. S. 188.

darf der Depositar nicht dolos den Ort verändert haben. Ist ein von dem Orte der Hinterlegung entfernter Ort für die Zurückgabe ausdrücklich bestimmt, so fallen die Kosten des Transports ebenso dem Hinterleger zur Last, l. 12. pr. cit., als wenn kein Ort bestimmt war, der Hinterleger aber will, daß die Sache an einen bestimmten Ort hingeschafft werden soll; Glück Thl. XV. S. 204., v. Hartitzsch Entscheid. no. 110., Luden a. a. O. S. 320., Bucher R. d. Ford. §. 100. S. 350. Ohne Anführung eines Grundes wird von Einigen (Koch a. a. O.) behauptet, die Rückgabe müsse in der Regel an dem Orte geschehen, wo die Sache niedergelegt worden ist.

Zu 10) In l. 1. §. 41. D. 16. 3. ist bestimmt, daß der Uebernehmer einer geschlossenen Kiste nicht blos für die Kiste, sondern auch für das, was sich darin befindet, haften müsse, wenn er gleich nicht weiß, was darin ist. Dies scheint hart, aber es mildert sich durch die Betrachtung, daß der Depositar nur für dolus und grobe Nachlässigkeit haftet. Der Deponent muß daher nicht nur beweisen, daß die angeblich fehlenden Effecten wirklich in der verschlossenen Kiste, als sie niedergelegt wurde, gewesen seyen, sondern auch, daß dem Depositar eine Böswilligkeit oder grobe Nachlässigkeit in der Aufbewahrung zur Last falle. Dieser schwierige Beweis soll ihm zwar nach der Meinung mehrerer Praktiker in dem Falle, wenn eine verschlossen übergebene Kiste in offenem Zustande zurückgegeben wird, durch Zulassung zum Erfüllungseid erleichtert werden, indem dieser Zustand die Vermuthung gegen den Depositar begründe; Mevii Dec. P. IX. dec. 55., Voet Comm. ad Pand. Lib. IV. tit. 9. §. 8., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 16. tit. 3. §. 13., Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 2. th. 13. not. 1. Allein als Regel kann man dies nicht behaupten, wie auch Thibaut, welcher sie in den älteren Ausgaben seines Systems (Ed. 3. §. 892.) noch vertheidigt hatte, später zuzugestehen sich bewogen gefunden hat (Ed. 8. §. 551.); denn aus dem erbrochenen Zustande folgt ja noch nicht, daß derselbe dem Depositar zuzuschreiben sey, es hängt daher immer von den besonderen Umständen ab, welche in Hinsicht auf Zurechnung in Betracht kommen, um den Richter zur Zulassung des Erfüllungs- oder Reinigungseides zu bestimmen; Cocceji J. C. Lib. 16. tit. 3. qu. 5., Emminghaus ad Eund. not. h., Stryck Us. mod. h. t. §. 5., Glück Thl. XV. §. 943., Luden a. a. O. S. 321. Fällt aber der erbrochene Zustand der Kiste dem Depositar wirklich zur Last,*) so kann der Kläger

*) Bei den den öffentlichen Niederlagen unfreiwillig übergebenen Handelsgütern ist dies wohl immer der Fall. Z. B. nach der Bayerischen Zollordnung

unzweifelhaft über die fehlenden einzelnen Sachen und deren Werth zum juramentum in litem gelassen werden, l. 5. pr. D. 16. 3., Bucher R. d. Ford. §. 100. S. 352., was übrigens nur bei der act. depos. directa stattfindet, denn bei der act. depos. contraria findet weder das juramentum in litem, l. 5. cit., noch die Strafe der Infamie Platz; Glück Thl. XII. S. 420., Thl. XV. S. 227.

Zu 11) Abgesehen von positiven Beschädigungen, für welche die Haftung nicht aus dem Contract, sondern aus dem Aquilischen Gesetz abzuleiten ist, l. 42. D. 9. 2., ist die Regel, daß der Depositar blos dolus prästirt; §. 3. J. 3. 15. — §. 17. J. 4. 1. — l. 5. §. 2. D. 13. 6. — l. 1. §. 8. u. 47. D. 16. 3. Ob res depositas dolus tantum praestari solet; Paul. sent. rec. Lib. II. tit. 12. §. 6. Nun gibt es zwar auch eine culpa, welche dem dolus gleich geachtet wird,*) culpa lata,**) l. 1. C. 4. 34., culpa latior, l. 32. D. 16. 3., diese soll aber beim Depositalcontract nicht in abstracto, sondern in concreto beurtheilt werden, woraus folgt, daß rebus suis consueta negligentia nicht als culpa lata, sondern nur als culpa levis angesehen werden darf, l. 22. §. 3. D. 36. 1., und daß der Nachlässige nur insofern für anvertrautes Gut verantwortlich ist, als er demselben nicht einmal so viel Sorgfalt zuwendet, wie seinen eigenen Sachen.

---

vom 17. Novbr. 1837. haftet das Zollärar nur für reinen Unglücksfall nicht, wohl aber für sicheren Verschluß, für Ordnung, für die nöthigen Anstalten zur Abwendung der Feuersgefahr, für irgend welche Vernachlässigung und für Entwendung. Die Haftung geht aber nur auf unerbrochene und unversehrte Zurückgabe des Collo, auf den Inhalt jedoch alsdann, wenn bei der Niederlegung die specielle Revision des Inhalts auf Verlangen des Einlegers vorgenommen worden war. Das Aerar haftet also bei unerbrochener Zurückgabe in der Regel nicht für den Inhalt, wohl aber dann, wenn sie geöffnet oder verletzt zurückgegeben wird, welchenfalls jedoch der Niederleger zum Beweis des Inhalts angehalten wird; Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV. S. 337. Nach Großh. Bad. Gesetzen wird die Verpflichtung des Staates für die in Lagerhäusern aufbewahrten Waaren entschieden in v. Hohnhorst's Jahrbüchern Bd. IV. S. 247.

*) Magnam tamen negligentiam placuit in doli crimen cadere; l. 1. §. 5. D. 44. 7. Diese magna diligentia bezeichnet l. 32. D. 16. 3. dahin: etsi quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat diligens est (d. i. wenn Jemandem nicht der gemeine Fleiß eigen ist, den jeder ordentliche Mensch in seinen Angelegenheiten anzuwenden pflegt), nisi tamen *ad suum modum* curam in deposito praestat, fraude non caret; nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus diligentiam praestabit.

**) Lata culpa est nimia negligentia, i. e. non intelligere, quod omnes intelligunt; l. 223. D. 50. 16.

Is etiam si negligenter rem custoditam amiserit, securus est: quia enim non sua gratia accipit, sed ejus, a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit. Negligentiae vero nomine ideo non tenetur, quia, qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet; l. 1. §. 5. D. 44. 7.

Nach Voranstellung dieser gesetzlichen Bestimmungen wird sich leicht das eigene Urtheil über die aus denselben angesponnene Streitfrage bestimmen: „wie, wenn ein diligentissimus paterfamilias die in seinen eigenen Sachen gewohnte vorzügliche Sorgfalt dem deponirten Gute nicht zugewendet hat, muß dann derselbe auch wegen Unterlassung jenes größeren Fleißes haften?“ Viele behaupten dies und machen demnach in allen Fällen diligentia in concreto zur Norm der Responsabilität; Thibaut Syst. §. 165. IV., Braun Dict. zu Thibaut §. 259., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 272., v. Löhr Theorie der culpa §. 7., Hasse die culpa d. R. R. S. 237 2c. u. 259 2c. Man führt dafür vorzüglich die vorbemerkte l. 32. D. 16. 3. und wohl auch l. 22. §. 3. D. 36. 1. an. Auch Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 666. Anm. b. scheint sich zu dieser Ansicht zu neigen, indem er ganz indistinct sagt: „wissentliche Verschuldung ist es, wenn man dem anvertrauten Gute nicht dieselbe Art der Beaufsichtigung und des Verschlusses zu Theil werden läßt, wie dem eigenen.“ Er vergißt aber dabei, daß dies oft wohl gar nicht einmal möglich seyn kann, denn Jedermann pflegt seine Mittel nur nach seinen eigenen Bedürfnissen zu richten; es ist daher nur zufällig, wenn ihm noch so viel Räume und Gelegenheiten übrig bleiben, als erforderlich wären, um auch die Sachen Anderer ebenso sicher gegen Feuers- und Wassersgefahr, Diebstahl 2c. zu verwahren. Es ist auch in den Gesetzen nirgends gesagt, daß selbst die Unterlassung des höchsten Fleißes Jemandem schon als culpa lata und sogar als dolus in dem Falle angerechnet werden müsse, wenn er in seinen eigenen Sachen den höchsten Fleiß anzuwenden pflegt. Dieses aber nur durch ein argumentum a contrario*) zu folgern, dessen Gefährlichkeit schon im Allgemeinen anerkannt ist, scheint hier ganz unmöglich, weil der bestimmte Grundsatz entgegensteht: culpae autem i. e. desidiae ac negli-

*) Dieses könnte etwa also lauten: Gleichwie in dem Falle, wenn ich einem leichtsinnigen Menschen das Meinige anvertraue, ich für meine Sachen auf einen größeren Fleiß nicht Anspruch machen kann, als er auf seine eigenen verwendet, so bin ich umgekehrt auch berechtigt, von einem sehr sorgfältigen Hausvater denselben höchsten Fleiß zu fordern, welchen er überhaupt anzuwenden gewohnt ist.

gentiae non tenetur, §. 3. J. 3. 15., und die ganze Theorie umgestoßen würde, nach welcher Derjenige, welcher blos aus Gefälligkeit Dienste leistet — was beim deposito in der Regel der Fall ist — nur für den höchsten Grad der Schuld verantwortlich ist. Die l. 32. D. 16. 3., auf welche sich die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung berufen, beabsichtet vielmehr eine Erleichterung des Depositars in Beziehung auf Verantwortlichkeit, indem seine negligentia rebus suis consueta ihn der Imputation dessen, was sonst als culpa lata zu betrachten wäre, überhebt; sie wäre daher übel angewendet, wenn sie umgekehrt dazu gebraucht werden wollte, den Zustand des Depositars so zu erschweren, daß nicht leicht Jemand sich zu etwas herbeilassen würde, was für ihn selbst so gefährlich werden kann. Betrachtet man die l. 32. cit. genauer, so findet man darin eigentlich eine ganz andere Frage behandelt, nämlich: „ist es denn recht, daß culpa latior so viel wie dolus seyn soll?“ Darauf wird geantwortet: „allerdings, wenn Einer, bei dem diligentia in abstracto ohnedies nicht zu finden ist, nicht einmal das ihm eigene geringe Maß von Aufmerksamkeit anwendet, welches er in seinen eigenen Angelegenheiten zeigt, so kann er dies nicht bona fide thun.“ Hiervon ist aber noch ein ungeheurer Sprung zu dem Satz der Gegner: allemal handelt der gewissenlos, welcher dem anvertrauten Gute nicht ebenso viel Sorgfalt zuwendet, wie seinem eigenem. Mit unserer Meinung stimmen überein: Glück Thl. XV. S. 171., Luden a. a. O. S. 317., Höpfner Institt. §. 784., vergl. Rang D. de culpa in abstracto etc. cap. I. §. 15. Goetting. 1751. So geht auch Heise im Hamburg. Archiv f. d. Handelsr. Bd. I. S. 315. u. 517. gewiß viel zu weit, wenn er behauptet, der Kaufmann, welcher die ihm bereits abgekauften Waaren auf Verlangen des Käufers auf unbestimmte Zeit bei sich liegen läßt, mithin Depositar wird, sey, wenn er sie nicht gegen Feuersgefahr versichern läßt, für den erfolgten Brandschaden ex culpa lata haftbar, und dies selbst dann, wenn er nicht einmal seine eigenen Waaren hatte versichern lassen. Der angeführte Grund, weil es in Hamburg eingeführt sey, jede Waare, die auf das Lager kommt, unverzüglich versichern zu lassen, kann hier umsoweniger in Betracht kommen, da die Assecurirung einer Sache immer zunächst dem Eigenthümer obliegt, dieser aber einem solchen Depositar, welcher in Folge des vorausgegangenen Geschäfts zunächst die Abnahme der Waare zu erwarten hatte, die Unterlassung dessen, was er selbst zu thun nicht nöthig fand, nicht zu einer culpa lata anrechnen kann. Wir stimmen daher mit Thöl Handelsr. Bd. I. §. 81. überein, welcher

sowohl diese, als auch Bender's eingeschränktere Behauptung (s. dessen Grundf. d. Handelsr. §. 79. no. 6.), daß die Haftung wenigstens dann stattfinde, wenn der Depositar seine eigenen Waarenlager gegen Feuersgefahr hat versichern lassen, verwirft.

Zu 12) Manche Rechtslehrer stellen ganz unbedingt den Satz auf: „kann ein Contrahent entweder nur seine eigenen Sachen, oder die, worauf er Fleiß zu wenden verpflichtet ist, retten, so muß er die fremden vorziehen;" Thibaut Syst. §. 165. (Ed. 5.) Die Gesetze sagen dies aber blos vom Commodat, von welchem begreiflicher Weise kein Schluß auf das Depositum gilt; Struben rechtl. Bed. Th. III. S. 230. Auch läßt sich aus c. 2. X. 3. 16., wenn es da heißt: bona fides abesse praesumitur, si rebus tuis salvis existentibus depositas amisisti, nicht eine Verbindlichkeit, die fremden vor den eigenen Sachen zu retten, sondern nur soviel folgern, daß Treu und Glauben muthmaßlich verletzt sey, was aber den Beweis des Gegentheils nicht ausschließt. Man kommt daher immer nur auf die Frage zurück: ob culpa lata, quae aequiparatur dolo erfindlich sey; Glück Thl. XV. S. 181., Walch Controv. jur. civ. §. 3. pag. 528., Wehrn Doctr. jur. explicatrix principia damni praestandi, cap. IV. §. 13. Eine solche Nachlässigkeit — sagt Luden in Weiske's Rechtslex. Bd. III. S. 318. — kann aber nur in dem Falle angenommen werden, da es dem Depositar möglich gewesen wäre, die fremden Sachen neben den seinigen zu retten. Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 666. läßt das Princip unberührt, und beschäftigt sich blos mit Vermuthungsgründen für culpa lata, hergenommen von dem Werthsverhältniß der dem Untergang überlassenen und der geretteten eigenen Sachen.

Zu 13) Die l. 1. §. 43. D. 16. 3. sagt zwar: si apud duos sit deposita res, adversus unumquemque eorum agi poterit etc., daraus scheint aber nur zu folgen, daß Jeder auf das Ganze klagbar ist, Bucher R. d. Ford. §. 100. S. 351., und allerdings ist die custodia untheilbar; allein wenn es sich um Schadloshaltung für Deterioration oder Verlust handelt, wozu dolus vorausgesetzt wird, so kann doch wohl nur der dolos Handelnde rechtlich verfolgt werden. Si alter dolo non fecerit, et idcirco sit absolutus — ad alium pervenietur; l. 1. §. 43. D. 16. 3. Diejenigen, welche nachweisen, daß sie die nach den Gesetzen erforderliche Diligenz geleistet haben, müssen frei gelassen werden; Glück Thl. XV. S. 231., Luden a. a. O. S. 323., Unterholzner a. a. O. S. 671., Koch a. a. O. S. 398. Nach der Analogie der l. 21. §. 1. D. commodati (13. 6.) kann wohl auch mit Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 16. tit. 3. §. 26. behauptet

werden: Wenn die Sache bei Mehreren auf gemeinschaftliche Gefahr hinterlegt wurde, so haften die Mehreren pro rata, wenn sie sich nämlich keines dolus schuldig gemacht haben. Mehrere Erben eines Depositars haften für Verschuldungen ihres Erblassers pro rata, wegen eigener Handlungen haftet nur derjenige Erbe, welcher die Sache noch besitzt, oder mit derselben unredlich umging; wenn sie aber Alle an dem dolus Theil genommen haben, so haften sie in solidum, wenn die Sache untheilbar, pro rata, wenn sie theilbar ist; l. 7. §. 1. l. 9. l. 10. l. 22. D. 16. 3., Glück a. a. O. S. 232.

Zu 14) Der Depositar wird, wenn die Sache untheilbar ist, oder die einzelnen deponirten Sachen zwar von gleicher Gattung, aber nicht von gleichem Werthe sind, durch Ablieferung an Einen der Deponenten nicht anders frei, als wenn dieser genugsame Vollmacht von den übrigen beibringt. Außerdem muß er sich durch Caution oder Deposition Deckung verschaffen; l. 1. §. 36. D. 16. 3. Ist die Sache theilbar, so kann Jeder nur seine Rate fordern, und zwar jeder Miterbe selbständig für sich, so daß der Eine von ihnen, der seinen Antheil vom Depositar nicht bekommen kann, sich darum nicht an die Uebrigen, welche den ihrigen bekommen haben, halten kann; l. 12. C. 4. 34. Wenn Geld in einem versiegelten Beutel deponirt war, können die Erben auch nur auf ihre Antheile klagen, aber der Beutel muß entweder vor Gericht, oder in Gegenwart einiger unbescholtener Personen entsiegelt werden; l. 1. §. 36. D. 16. 3. Bei der sequestratio ist natürlich die getheilte Zurückforderung ausgeschlossen.

Zu 15) Unstreitig kann Compensation nie stattfinden. Für unbedenklich möchte man wohl das Retentionsrecht ex capite connexitatis halten, aber bei dem eigentlichen deposito (regulari) ist die exc. doli s. retentionis absolut in l. 11. C. 4. 34. ausgeschlossen. Die darin anscheinend liegende Härte, dem Depositar, welcher Auslagen und Verwendungen zum Besten der Sache zu machen veranlaßt war, das Nachsehen zu lassen, eine Härte, welche freilich bei der römischen Procedur nicht so schneidend war, als bei unserem schleppenden schriftlichen Verfahren, hat Viele zur Vertheidigung des Gegentheils bewogen; s. die Allegate in Glück Thl. XV. S. 199. Anm. 37., besonders Boehmer D. de jure retentionis §. 8., Cocceji J. C. Lib. 16. tit. 3. qu. 13., Walch J. C. pag. 527., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. Med. 107., Faselius v. Retentionsr. §. 19. Anm. d., und es wird sogar hier und da der Gerichtsbrauch*) für diese Meinung

*) Unzweifelhaft ist dies der Fall nach Handelsrechten und Usancen; s. das Hamburg. Archiv f. d. Handelsr. Bd. I. no. 18. u. 30.

behauptet; Stryck Us. mod. Pand. Lib. 16. tit. 3. §. 9., Mevii Dec. P. II. dec. 56., Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 2. th. 13. not. 4., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 1883., v. Hartitzsch Entscheid. no. 108., Curtius Handb. d. Sächs. Civilr. Thl. IV. §. 1537. Diese Meinung hat aber nur den eben bemerkten, nicht einen gesetzlichen Grund für sich, denn nicht nur steht ihr das ausdrückliche Verbot in leg. cit., sondern auch die eigenste Natur des Depositums entgegen, durch welches ja der Deponent keinerlei Anspruch für den Depositar begründen wollte,*) bei welchem auch der Depositar nicht zu Verwendungen gezwungen ist, und an welchem er auch keinen juristischen Besitz erlangt. Dieses Verhältniß machte die Ausschließung jeder Art von Vorenthaltung und die Entfernung jeder Behinderung des Deponenten an der Verfügung über sein Eigenthum nothwendig, ut depositae res quam celerrime sine aliquo obstaculo restituantur — ut prima fronte restituantur — ut liceat ei, qui deposuit, res depositas quam ocissime recuperare. leg. cit. Damit stimmen überein: Schenk Lehre v. Retentionsr. S. 210., Luden d. Retentionsr. S. 162., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 272. III. 2., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 668., Glück Thl. XV. S. 203., Schilling Lehrb. Bd. III. §. 273., Köchy Meditt. Bd. I. no. 25. Auch für die Fälle, wenn auf Vergütung des Werths geklagt wird, oder die Hinterlegung einer fungiblen Sache unter der ausdrücklichen oder stillschweigenden Uebereinkunft geschah, daß nur tantundem restituirt werden solle, ist in den Gesetzen keine Ausnahme zu finden; Glück a. a. O. S. 191. Nur beim depositum irregulare, welches in einen andern Contract übergeht, kann in einem solchen Falle ein Retentionsrecht behauptet werden, Glück a. a. O. So statuirt Leyser Sp. 176. med. 3. die Compensationsbefugniß des Depositars, wenn bei dem deposito unzweifelhaft die Absicht mit zum Grunde lag, ihm für eine ihm zuständige Forderung Deckung zu gewähren. In der Regel aber wird auch beim dep. irregulari die Compensation nicht zugelassen; Krug Lehre v. d. Compensation S. 204., v. Hartitzsch Entscheid. S. 100., Ackermann Rechtsf. N. F. S. 82. Daß wegen nicht connexer Forderungen beim deposito regulari das Retentions- und Compensationsrecht nie zugestanden werden könne, die Restitutionsverbindlichkeit mag nun ad idem oder ad tantundem gehen, ist außer Zweifel; Glück a. a. O., v. Hartitzsch a. a. O. no. 109., Luden in Weiske's Rechtsl.

*) Cum non sub hoc modo depositum acceperit, ut non concessa ei retentio generetur.

Bd. III. S. 319., Koch a. a. O. §. 272.; vergl. oben Bd. I. §. 10. zu Fr. 2. A. c. dieses Werks.

Zu 16) Diese Einrede ist ganz unstatthaft, da ja auch eine fremde Sache Gegenstand dieses Contracts seyn kann, und es hier nur auf Erfüllung einer contractlichen Verbindlichkeit ankommt; l. 31. §. 1. D. 16. 3., Luden a. a. O. S. 319., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 272. Indessen, wenn das Vermögen des Deponenten confiscirt wird, oder ausgemacht ist, daß er die Sache durch ein Verbrechen an sich gebracht hat, hat sie der Depositar im ersten Falle der Staatscasse, im zweiten dem Eigenthümer abzuliefern; l. 31. pr. §. 1. D. 16. 3.

Zu 17) Diese Einrede kann nach l. 15. l. 31. D. 16. 3. nicht durchaus verworfen werden. Die herrschende Meinung ist für deren Zulassung, wenn sie sofort liquid gemacht werden kann; Glück Thl. XV. S. 196., Unterholzner a. a. O. S. 665., Koch a. a. O. §. 272. u. 394., Luden a. a. O. S. 319., Mühlenbruch Lehrb. Bd. II. §. 385. Anm. 8. Dahin hat auch Thibaut System §. 551. (Ed. 8.) seine frühere Meinung (§. 892. Ed. 3.), „der Depositar könne sich der Restitution der Sache nicht durch die selbst sofort liquide Einrede des Eigenthums entziehen," abgeändert. Für Thibaut's frühere Meinung schien zwar l. 11. C. 4. 34. zu sprechen, welche die Zurückbehaltung des Depositi weder für persönliche noch Real-Ansprüche gestattet; allein hier ist doch nicht vom Eigenthum die Rede, welches allerdings beachtet werden muß, weil an demselben ein Depositum gar nicht bestehen kann, l. 45. pr. D. 50. 17. — l. 15. D. 16. 3., daher — wie Puchta Pand. §. 321. bemerkt — die Behauptung des eigenen Eigenthums von Seiten des Beklagten nicht sowohl als Einrede, als vielmehr als Negation des Klaggrundes betrachtet werden kann. Man denke sich z. B. den Fall: Jemand hinterlegt bei mir eine Uhr, welche mir vor einiger Zeit, ohne daß ich sie vermißte, gestohlen ward, und ich entdeckte erst lange nach der Hinterlegung, daß dieses meine eigene mir entfremdete Uhr sey, so wäre es doch gewiß ungerecht, von mir zu verlangen, daß ich selbst nach gemachter Entdeckung und bei liquiden Beweisen doch meine Sache als eine fremde behandeln soll. Ebenso, wenn ich in der Folge die Sache vom Deponenten eigenthümlich erworben zu haben auf der Stelle beweisen kann; denn sowie im ersten Falle ein Depositum gar nicht entstehen konnte, so hat es im zweiten Falle aufgehört, zu bestehen.

Zu 18) Wir begegnen hier zweierlei Strafbestimmungen:

a) Im Allgemeinen gegen Treubruch Strafe der Infamie. Hierbei kommt in Erwägung, daß unser Strafsystem nicht mit dem

römischen Grundsatze culpa lata aequiparatur dolo sich vereinigen läßt, und daß die römische Infamie bei uns keine rechtlichen Consequenzen mehr nach sich zieht; Luden in Weiske's Rechtslex. Bd. III. S. 324., v. Savigny System Bd. II. §. 78. u. 83.

b) Die poena dupli gegen die an einem deposito miserabili begangene boshafte Ableugnung, welche noch neben der Strafe der Infamie besteht. Daß diese Strafe noch h. z. T. stattfinde, wird durch mehrere deutsche Statuten und Landrechte belegt, und auch der Gerichtsbrauch dafür behauptet; Glück Thl. XV. S. 218. Anm. 80., Unterholzner a. a. O. S. 325. Allein die römischen Privatstrafen sind doch im Allgemeinen in Deutschland außer Gebrauch gekommen. „So hat — wie Luden a. a. O. S. 325. treffend bemerkt — Theorie und Praxis längst darüber entschieden, daß die römischen Privatstrafen des furtum h. z. T. nicht mehr anwendbar sind. Das Ableugnen einer deponirten Sache aber ist h. z. T. als Versuch einer Unterschlagung anzusehen, welche nach R. R. eine Unterart des furtum war. Es wäre daher wohl inconsequent, für diesen einzelnen Fall der Unterschlagung die römische Privatstrafe fortdauern lassen zu wollen, während dieselbe für alle übrigen Fälle vollendeter Unterschlagung entschieden aufgehoben wäre."

Zu 19) In Ansehung des ersten Punktes

Zu a) haben wir bereits zur Frage 4. Erwägung gepflogen, wonach es genügen wird, folgende Hauptsätze aufzustellen:

I) Willkürliche, mit dem Depositionsvertrage verbundene, wenngleich seiner Natur nicht angemessene Nebenbestimmungen, insbesondere über Gebrauchsgestattung oder Zinsverbindlichkeit, heben, wenn die Contrahenten ausdrücklich ein depositum gewollt haben, noch nicht die Eigenschaft eines depositi auf; der Contract wird dadurch kein anderer, er ist vielmehr depositum, wenngleich irregulare, l. 24. i. f., verbunden mit l. 25. §. 1. D. 16. 3., deren Sinn ganz klar darstellt Schmid im civilist. Archiv Bd. XXX. no. 3. S. 80., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 630. A. M. ist indessen Schaffrath Abhandl. aus dem röm. Privatr. S. 97.

II) Wenn durch eine spätere Uebereinkunft solche Rechte und Verbindlichkeiten hinsichtlich der ursprünglich blos deponirten Sachen festgesetzt werden, welche nach der Natur des contr.

depositi nicht stattfinden, so geht das ursprüngliche depositum nach den Justinianeischen Grundsätzen von der novatio alsdann in einen anderen Contract, z. B. mutuum oder commodatum, über, wenn entweder

1) eine ausdrückliche Willenserklärung für den neuen Vertrag vorliegt, z. B. daß der Empfänger des bei ihm niedergelegten Geldes dasselbe für sich gebrauchen, mithin jure crediti haben möge, l. 9. §. 9. D. de reb. cred. (12. 1.) — l. 34. pr. D. mandati (17. 1.), welchenfalls dann der Empfänger sogar den Zufall zu tragen hat; l. 4. pr. D. 12. 1. Da nämlich bei dem deposito einer fungiblen Sache schon durch die Natur des Gegenstandes das Recht des Gebrauchs desselben für den Depositar gegeben ist, weil das Wesen der Fungibilität eben darin besteht, daß speciell bestimmte Gegenstände als solche nicht in Betracht kommen, sondern nur das Quantum und Quale berücksichtigt wird, l. 25. §. 1. D. 16. 3. — l. 31. D. 19. 2., so kann, wenn dennoch von dem Depositar der fungiblen Sache die ihm von selbst zustehende Erlaubniß zum Gebrauch erbeten wird, vernünftiger Weise keine andere Absicht angenommen werden, als das bisher bestehende, den Nutzen des Gebers bezweckende depositum irregulare aufzuheben und an dessen Stelle das auf den Nutzen des Empfängers vorzugsweise gerichtete mutuum treten zu lassen; Schmid a. a. O. S. 98.
2) Wenn die neue Verbindlichkeit durch sich selbst die ältere in ihren wesentlichen Theilen aufhebt; z. B. ich deponire bei dem A. Gelder mit dem Beisatz, wenn ich ihm demnächst etwas schuldig werden würde, so möge ihm dann dieses depositum zum Unterpfand dienen. Entsteht dann die Schuld wirklich, so wird dadurch der Depositar Pfandgläubiger und hat ein Retentionsrecht, welches er am deposito nicht gehabt hätte. — Die Literatur über diese Streitfrage Glück Thl. XV. §. 940., Neustetel in d. röm. rechtl. Unters. no. I. S. 23., Braun Erörter. zu Thibaut §. 892.

Zu b) Unstreitig sind aus dem depositum irregulare Verzugszinsen zu entrichten, wenn der Depositar das unversiegelt übergebene Geld zu seinem Gebrauche verwendet hat, l. 25. §. 1. D. 16. 3., und ebenso zweifelsfrei Zinsen als Vergütung des gestatteten Gebrauchs

im Fall eines darauf gerichteten pacti adjecti, l. 7. §. 2. l. 24. i. f. l. 26. §. 1. l. 28. D. 16. 3., worauf auch l. 29. §. 1. D. 16. 3.*) zu beziehen ist. Ob aber eine Niederlegung mit Verstattung des Gebrauchs, es sey nun ausdrücklich durch die nur ad tantundem (nicht ad idem) gerichtete Restitutionsverbindlichkeit, oder stillschweigend durch Hinzählung einer unversiegelten Summe in gewöhnlichen Münzsorten an und für sich die Verbindlichkeit zur Verzinsung mit sich bringe, ist bestritten. Nach ganz ungezwungenem Verständniß der l. 24. l. 25. §. 1. D. 16. 3. entnehmen wir ihr jedoch die verneinende Entscheidung, ohne mit Neustetel u. Zimmern röm. rechtl. Unters. Bd. I. no. 1. S. 11. über die Zinsverbindlichkeit ein richterliches Ermessen entscheiden zu lassen, jedoch mit der durch l. 28. D. 16. 3. gerechtfertigten Ausnahme des Falles, wenn mit der Annahme des depositi die erklärte Absicht der Fructification verbunden war; v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 630., Schmid im civil. Archiv Bd. XXX. S. 85. rc., vgl. übrigens Glück Thl. XV. S. 185., v. Hartitzsch Entsch. no. 112., Gottschalk Disc. for. T. III. cap. 23. pag. 278., Walch contr. jur. civ. pag. 531. §. 6., Luden in Weiske's Rechtslex. Bd. III. S. 325., Schaffrath prakt. Abhandl. S. 51., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VII. S. 18.

Zu 20) Die Verjährung hat hier nichts Besonderes, namentlich findet die Verjährung binnen Jahresfrist keine Anwendung, indem die l. 18. D. 16. 3. nicht so verstanden werden darf, als ginge die Klage bei dem depositum miserabile nur gegen den Empfänger selbst in perpetuum, gegen den Erben aber sey sie auf eine einjährige Frist eingeschränkt, sondern vielmehr dahin: die Klage gehe gegen den Empfänger selbst in perpetuum auf das Doppelte, gegen den Erben aber, selbst intra annum, nur auf das Einfache; Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 672. Anm. y.

Zu 21) Wenn der verurtheilte Beklagte zur Sicherung seiner Widerklage die summa judicati deponirt, so würde man wohl nach den Grundsätzen gewöhnlicher Depositen behaupten müssen, daß dadurch weder Besitz noch Eigenthum übertragen werde, l. 17. §. 1. D. 16. 3., allein da die für die Dauer des Reconventionsverfahrens verfügte gerichtliche Gewahrsame nur als Sicherungsmittel für den Fall, daß Kläger das Geld wieder herausgeben muß, zu betrachten ist, und

*) [An dieser Stelle ist viel herumgearbeitet worden, s. Huschke i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. II. S. 151. Der neueste Versuch einer einfachen Auslegung ist von Emmerich in der angef. Zeitschr. XVIII. (1861.) S. 117 ff.]

der in conventione Verurtheilte durch legale Deposition ebenso wie durch Zahlung liberirt wird, so muß der Kläger doch als eventueller Eigner desjenigen, was der Richter für ihn gleichsam sub conditione resolutiva in Empfang genommen hat, betrachtet werden. Genau betrachtet deponirt da der Kläger für den Fall, daß er in der gegen ihn erhobenen Klage unterliegen werde. Unterliegt er wirklich, so kann man nicht sagen, der Beklagte behalte sein Geld, sondern Kläger zahlt es zurück; v. Hartitzsch Entsch. no. 111., vergl. oben im allg. Thl. Kap. VI. §. 246. Fr. 5. von der Deposition.

Zu 22) Der Richter ist immer für ein abgängiges Depositum haftbar, wenn er von der erfolgten Deposition Kenntniß hatte, oder vermöge seines Amts Kenntniß haben mußte (was aber bei Amtsvorständen nicht immer der Fall ist, Du Prel Samml. auserlesener Baier. Rechtsfälle Bd. I. S. 73.), und nicht die wegen Verwahrung der Depositen bestehenden Vorschriften befolgt hat. Die Haftung des Richters kann auch bei solchen Gegenständen, welche sich nicht füglich zu Gericht transportiren lassen, und deshalb da, wo sie sich befinden, dem Hauswirth in Verwahrung gegeben werden, eintreten, wenn der Richter bei dieser Uebergabe nicht mit der gehörigen Vorsicht zu Werke geht, insbesondere den Hauswirth nicht förmlich verpflichtet und ihm die Effecten nicht nach vorgängiger Consignation und Taxation übergibt. In Geiger's und Glück's merkw. Rechtsfällen Bd. III. no. 47. S. 270. findet sich eine hier anwendbare Entscheidung, durch welche eine ohne diese gesetzlichen Erfordernisse vom Richter verfügte Verwahrung abgepfändeter Effecten wie gar nicht geschehen behandelt wurde. Der Beamte hatte nämlich dem Hauswirth, bei welchem der ausgepfändete Schuldner wohnte, die Effecten zur Aufbewahrung — ungeachtet dieser gegen deren Annahme protestirt hatte — in einer unverschlossenen Kiste ohne vorgängige Consignation und Taxation überlassen. Bevor noch zum öffentlichen Verkauf geschritten werden konnte, hatte des Hauswirths Ehefrau die Kiste ausgeleert und der Gläubiger belangte nun den Hauswirth auf Entschädigung. Dieser wurde aber von der Klage entbunden, weil Depositen nicht aufgedrungen werden können, und der Hauswirth keine gesetzliche Verbindlichkeit zur Annahme hatte, hiernächst ein Depositionsact ohne vorgängige Consignation, Taxation und, wo es möglich ist, auch Versiegelung an Nullität laborirt, und die Ausmittelung des Quale und Quantum einer Schadensvergütung unmöglich macht.

Kapitel VII.

Contractus pignoratitius. *)

§. 272.

§. 4. J. III. 15. quibus modis re contrahitur obligatio. Dig. XIII. 7. de pignoratitia actione vel contra. Cod. IV. 24. de pignoratitia actione vel contra.

1) Was hat der Pfandgläubiger gegen den Pfandschuldner zu vertreten, wenn das in' seinen Händen befindliche Pfandobject Schaden leidet oder zu Grunde geht?

---

*) Da der Pfandcontract durch Uebergabe des Faustpfands geschlossen wird, mithin die Obligationen des Empfängers zur Zurückgabe mit Früchten und Accessionen eine obl. re contracta ist, so nimmt er eine Stelle in den Realverträgen ein; da aber die daraus entstehenden Verhältnisse größtentheils schon in Bd. II. Kap. V. vom Pfandrecht erörtert worden sind, so bleibt uns hier nur einige Nachlese: a) für das §. 125. zu Fr. 8. dem Gläubiger zugesprochene Recht an den Früchten der verpfändeten Sache bis auf den gesetzlichen Belauf der Zinsen, wenn solche gleich nicht stipulirt waren, (antichresis tacita) ist noch anzuführen Walch controv. jur. civ. pag. 539. §. 3., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 861. Bemerkenswerth ist aber auch die wohlbegründete Ungunst der neueren Gesetzgebungen gegen den antichretischen Pfandvertrag. Mit Formvorschriften beengt ihn das Preuß. Landr. Th. I. Tit. 20. §. 139 ꝛc. 226. ꝛc., gänzlich verwirft ihn das Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch §. 1372., um verwickelte und weitläufige Streitigkeiten zu vermeiden, welche davon unzertrennlich sind, daß dem Pfandschuldner doch immer der Beweis eines in der Antichrese verborgenen Zinswuchers nachgelassen werden muß. Nach dem Code civil Art. 2085. gibt die Antichrese dem Gläubiger nicht das Recht, die Früchte mit den Zinsen zu compensiren, hierzu ist ein besonderer Nebenvertrag nöthig, welcher aber auch nicht verboten ist, weil diese Legislation für Conventionalzinsen ein unüberschreitbares Maaß zu fixiren nicht räthlich fand; s. Art. 1907, Maleville Analyse raisonnée T. IV. pag. 45. — b) für den Satz, daß die act. pignoratitia nicht, wie von Mevius Dec. P. V. dec. 312. u. Leyser Med. Sp. 155. med. 5. behauptet wird, eine act. in rem scripta sey, mithin dieselbe nicht dem Pfandgeber gegen den dritten Besitzer des Pfands, und also auch nicht gegen den Gläubiger seines Gläubigers, sondern nur die Reivindication nach bezahlter Schuld zustehen könne, auch Cocceji jus controv. Lib. XIII. tit. 7. qu. 15., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 279. S. 496. d. 2. Ausg., Schilling Lehrb. f. Institt. Bd. III. §. 276. Anm. b., Sintenis Handb. d. gem. Pfandr. S. 605. — c) für die Weber'sche Meinung, daß in dem Verbot der lex commissoria auch der Fall begriffen werden müsse,

2) Wenn mehrere Sachen für dieselbe Schuld verpfändet sind, kann der Schuldner dann durch theilweise Zahlung die Freigebung eines Theils der verpfändeten Sachen bewirken?

3) Ist derjenige, welchem eine Pfandsicherheit versprochen ist, berechtigt, eine öffentlich beurkundete Pfandverschreibung zu verlangen?

4) Kann, wenn eine untaugliche Sache zum Pfand gegeben ist, auf Uebergabe einer anderen die bezweckte Sicherheit gewährenden Sache geklagt werden?

Zu 1) Man kann füglich den Streit darüber, ob nach der Behauptung Einiger bei Annahme des Systems von drei Graden der culpa der Pfandnehmer nur alsdann, wenn er allein den Vortheil hat, auch culpa levissima zu verantworten habe, s. G. S. Madihn Comm. creditorem in pignore media diligentia non semper liberari, Hal. 1764., aber außerdem nicht, Walch controv. jur. civ. pag. 538. §. 1., Sintenis Handb. d gem. Pfandr. S. 605., Glück Thl. XIV. §. 867., auf sich beruhen lassen, und der gemeinen Meinung folgen, daß der Pfandnehmer omnem culpam zu prästiren habe, §. 4. J. 3.

wenn ausgemacht wird: im Nichtzahlungsfall soll die verpfändete Sache dem Gläubiger um einen gewissen im Voraus bestimmten Preis verkauft seyn, entscheidet sich Koch a. a. O. §. 281. u. Unterholzner a. a. O. S. 859. Anm. q. in Uebereinstimmung mit Huber Praelect. ad Pand. Lib. XX. tit. 1. §. 15., u. Wernher Obs. P. IV. obs. 62. gegen Leyser Sp. 158. corr. 1., Walch l. c. pag. 539. §. 2. Diesen Grundsatz hat auch das Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. angenommen, v. Zeiller Comm. Bd. §. 1371. Hiernach wäre nur der Fall vom Verbot ausgenommen zu erachten, wenn die käufliche Ueberlassung um einen seiner Zeit erst zu bestimmenden Preis stipulirt wäre. – d) die Verbindlichkeit eines eidlich bekräftigten pactum commissorium vgl. Bd. II. Fr. 1. S. 462., behauptet bezüglich des c. 7. X. de pign. (3. 21.) Unterholzner a. a. O. S. 859., insofern der Verpfänder nicht durch außerordentliche nicht zurechenbare Zufälle an der Einlösung verhindert war. — e) Für die Zulässigkeit der dem Pfandvertrag beizufügenden Nebenabrede, ne liceat debitori rem opignaratam alienare, entscheidet sich Glück Thl. XVI. S. 56. gegen Donell. Comm. ad l. 135. §. 3. D. de V. O. — f) In Ansehung der Streitfrage über Verjährbarkeit der act. pignor. stimmt Koch a. a. O. §. 279. u. Walch l. c. pag. 545. §. 6. pag. 735. §. 26. den von uns Bd. II. §. 131. Fr. 16. aufgestellten Grundsätzen bei, daß von einer Verjährbarkeit nur bei den Nebenforderungen oder Entschädigungs-Ansprüchen die Rede seyn könne. Ebenso Unterholzner a. a. O. S. 853., doch leugnet derselbe, daß der Anfang dieser Verjährungszeit erst auf den Moment der erfolgten Lösung des Unterpfands zu setzen sey.

15. — l. 13. §. 1. l. 14. l. 15. D. 13. 7. — l. 19. C. 8. 14. — l. 5. l. 8. C. 4. 24. und diligentia quam in rebus suis nicht hinreicht, wenn der Pfandnehmer eben kein diligens paterfamilias ist; Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 852. Anm. h., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 279. Nur zufälliger Untergang oder Verderb der Sache darf dem Pfandgläubiger nicht zum Schaden gereichen und ihn nicht hindern, seine Forderung unbedingt geltend zu machen, §. ult. J. 3. 15., Leyser Sp. 155. corrol. 1., Unterholzner a. a. O. S. 860. Hat er die Sache nicht sicher und gut verwahrt — was aber angenommen werden darf, wenn er sie in einem öffentlich allgemein für sicher angesehenen Aufbewahrungsort untergebracht hat, l. 9. C. 4. 24. — so ist er ebenso verantwortlich, als wenn der Untergang durch gewissenlosen Verzug herbeigeführt wurde, gesetzt auch, daß diesfalls der Untergang dem Pfandgläubiger zunächst nicht zugerechnet werden könnte, s. Unterholzner a. a. O. Hat er sich in Folge ungenügender Verwahrung die Sache entwenden lassen, so mag er sich an den Dieb halten, muß aber dem Pfandschuldner den Mehrwerth der verpfändeten Sache über den Betrag der Pfandschuld vergüten; l. 5. C. 4. 24. — l. 15. D. 47. 2.

Zu 2) Die Untheilbarkeit des Pfandrechts steht einer theilweisen Zurückforderung der zum Unterpfand gegebenen Sachen durchaus entgegen, Koch a. a. O. §. 279. S. 492. d. 2. Ausg.

Zu 3) Es ist wohl mit Unterholzner a. a. O. S. 855. anzunehmen, daß im Zweifel eine solche Beurkundung nicht zu verweigern seyn möchte, da man die Intention nicht für ein unvollkommenes Pfandrecht vermuthen kann.

Zu 4) Ueber diese bereits in Bd. II. §. 125. zu Fr. 15. erörterte Frage sagt Koch a. a. O. §. 280., die act. pign. contraria unterscheidet sich von allen andern act. contrariis dadurch, daß der Pfandgläubiger mit derselben nicht allein den Ersatz der Verwendungen oder durch Schuld des Pfandgebers*) erlittenen Beschädigungen, sondern auch dieses erlangt, daß er, wenn ihm eine untaugliche Sache zum Pfand gegeben ist, auf Uebergabe einer andern die bezweckte Sicherheit gewährenden Sache dringen kann, gleichviel, ob die Untauglichkeit durch natürliche oder juristische Mängel, mit oder ohne Zuthun des Pfand-

*) Auch der Pfandschuldner haftet nämlich für jedes Versehen, doch kann nach bekannten allgemeinen Grundsätzen derjenige, welcher für die Schuld eines Andern ein Pfand bestellt, mithin aus dem Vertrag gar keinen Vortheil erlangt, wohl nur für dolus und culpa lata verantwortlich gemacht werden; arg. l. 5. §. 2. D. 13. 6., Schilling Lehrb. f. Institt. Bd. III. §. 276.

gebers entstanden, oder mit oder ohne dessen Vorwissen die untaugliche Sache gegeben worden ist. Es gehört zur Erfüllung der lediglich durch das Geben entstandenen Verbindlichkeit des Pfandgebers, eine für den Zweck geschickte Sache zu gewähren, wovon nur dann eine Ausnahme gilt, wenn der Pfandnehmer wissentlich eine untaugliche, z. B. eine fremde oder eine sonst fehlerhafte Sache angenommen hat; l. 1. §. 2. l. 9. pr. l. 16. §. 1. l. 31. l. 32. l. 36. pr. §. 1. D. 13. 7. — l. 54. D. 46. 1.

Kapitel VIII.

Verbindlichkeit aus Stellvertretung.*)

§. 273.

1. Mandatum.**)

Gajus III. §. 155—163. Inst. III. 26. de mandato. Dig. XVII. 1. u. Cod. IV. 35. mandati vel contra. Paul. sent. rec. II. 15.

a) Im Allgemeinen, und von dem Verhältniß unter den Contrahenten selbst.

1) Kann das Mandat auch stillschweigend errichtet werden?***)
2) Welche Personen haben in Proceßsachen eine vermuthete Vollmacht?

---

*) Von dieser ist hier nur, insoweit sie eine allgemeine Beziehung hat, die Rede. Repräsentationsverhältnisse besonderer Art haben bereits an ihrem geeigneten Ort ihre Erledigung gefunden; insbesondere von juristischen Personen Bd. I. §. 29., von der väterlichen Gewalt das. §. 67. zu Fr. 9., von der Vormundschaft das. §. 74., bei der Lehre vom Besitz Bd. II. §. 83., von der Repräsentation des Erblassers durch den Erben das. §. 133 ꝛc., des Cedenten durch den Cessionar oben Allg. Thl. Kap. III. §. 221.

**) Den Rechtsbegriff des Mandats erläutert vorzüglich l. 1. §. 4. l. 2. pr. §. 1—6. l. 6. §. 3—6. l. 8. §. 6. l. 12. §. 14. l. 32. l. 48. §. 2. D. 17. 1. — §. 13. J. 3. 26.

***) Daß bei dem wörtlichen Auftrag die Art des Ausdrucks ganz gleichgiltig ist, sagt uns l. 1. §. 1. u. 2. D. 17. 1., Sive rogo, sive volo, sive mando, sive alio quocunque verbo scripserit, mandati actio est.

3) Gilt auch ein auf einen unbestimmt gelassenen Gegenstand gerichteter Auftrag?

4) Geht eine ohne Auftrag gepflogene Geschäftsführung durch Ratihabition in ein Mandat über?

5) Ist das von dem Mandanten dem Mandatar gegebene generelle Versprechen einer Belohnung positiv verbindend für den Promittenten?

6) Kann der Bevollmächtigte auch dann vollständige Vergütung seines Aufwands fordern, wenn er das Geschäft nicht gänzlich zu Stande bringen konnte, oder wenn es mißlungen ist, oder wenn es der Mandant mit weniger Aufwand hätte bewerkstelligen können?

7) Inwiefern kann einem procurator universorum bonorum, oder demjenigen, welcher ein Universal-Mandat hat, eine Ueberschreitung der Grenzen seiner Vollmacht mit Recht vorgeworfen werden?

8) Kann der Mandatar, wenn er über die Grenzen seines Auftrags hinausgegangen ist, seinen gemachten nützlichen Aufwand nicht wenigstens mittels der act. negot. gest. fordern?

9) Wenn der Mandatar bei Ueberschreitung seiner Vollmacht einen Vortheil errungen hat, muß er diesen gleichwohl dem Mandanten herausgeben?

10) Gilt ein Mandat zu einer erst nach dem Tode des Mandanten zu vollziehenden Handlung?

10a) Inwiefern erlischt das Mandat durch den Tod des Mandanten oder des Mandatars? und erlischt auch die Befugniß des Substituten mit dem Tod des Substituenten?*)

11) Ist der Mandatar, welcher mit einem Dritten contrahirte, schuldig, dem Mandanten litem zu denunciren, um sich die Befugniß zur Anstellung der act. mandati contraria gegen den Vollmachtsgeber zu sichern?

12) Ist die Pflicht zur Rechnungsablage des Mandatars oder Commissionärs immer so strict zu nehmen, daß jede Ausgabe förmlich bewiesen werden muß?

13) Welcher Grad der culpa ist im Mandatsvertrag zu prästiren, insbesondere, wenn ausgeliehene Gelder zu Verlust

---

*) Von der Endigung des Mandats durch Widerruf s. unten §. 274. zu Fr. 4.

gehen? — Darf der Mandatar Geschenke behalten, welche er aus Veranlassung des Geschäfts für seine Person erhielt?

14) Hat auch ein kaufmännischer Spediteur dieselbe Haftung wie ein anderer Bevollmächtiger zu prästiren?

15) Haften Mehrere, welchen gemeinschaftlich ein Geschäft aufgetragen ist, solidarisch oder nur getheilt? und umgekehrt ist die Haftung Mehrerer, welche ein ihnen gemeinschaftliches Geschäft aufgetragen haben, eine solidarische oder getheilte?

16) Hat derjenige, welcher ein mandatum rei turpis ertheilt hat, auch einen bei der Ausführung vom Mandatar begangenen Exceß zu vertreten?

17) Ist in der Commission zu einem Waarenverkauf auch die Befugniß, auf Credit zu verkaufen, begriffen? desgleichen die Befugniß, den Kaufpreis einzuziehen? Kann auch an denjenigen, welcher Vollmacht zur Vermiethung hatte, das Miethgeld giltig bezahlt werden?

18) Können Reisediener giltig Vergleiche abschließen?

19) Infamirt blos die act. mandati directa oder auch die act. contraria den Beklagten?

20) Liegt in den Grenzen einer Vollmacht auch die Befugniß des Bevollmächtigten, einen Andern zu substituiren?

Zu 1) Stillschweigend wird der Mandatsvertrag geschlossen: a) von Seite des Mandans, wenn er ohne Widerspruch in seiner Gegenwart oder überhaupt wissentlich einen Andern für sich handeln läßt; l. 6. §. 2. l. 18. D. 17. 1. — l. 60. D. 50. 17. — l. 6. C. 4. 35. — c. 12. X. de procur. — b) von Seite des Uebernehmers des Auftrags, zwar nicht durch stillschweigende, oder wohl durch thätliche Einwilligung, z. B. durch Annahme einer schriftlichen Vollmacht, oder indem der Beauftragte bereits angefangen hat, die im Auftrag begriffenen Handlungen vorzunehmen; Glück Thl. XV. S. 246. Von dem Grundsatz, daß bloßes Schweigen nicht für Annahme des Auftrags gelten könne, l. 8. §. 1. D. 3. 3, invitum accipere debemus non eum tantum, qui contradicit, verum eum quoque, qui consensisse non probatur, Hommel Rhaps. Vol. II. obs. 411., Emminghaus Comm. de mandato tacito ejusque praesertim tacita susceptione. Erl. 1796., findet man gleichwohl in Handels-Usancen eine Ausnahme, indem ein Geschäftsauftrag durch Briefe als angenommen betrachtet wird, wenn der Empfänger 1—2 Posttage verstreichen läßt, ohne die Commission

abzulehnen; Bender Grundſ. d. Handelsr. §. 93., Voet Comm. ad Pand. Lib. XVII. tit. 1. §. 3. i. f., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 2011., Büſch Darſtellung der Handlung Th. II. S. 366. [Vergl. A. D. Handelsgeſetzbuch Art. 323.]

Zu 2) In dieſe Rubrik gehören: a) wirkliche Verwandte, nämlich ſolche, welche nicht durch bloße Adoption in geſetzlich fingirte Verwandtſchaft getreten ſind. Dabei verſteht ſich legitime Verwandtſchaft, denn nur von der mütterlichen Seite macht die blos natürliche Verwandtſchaft keinen Unterſchied. Die Verwandtſchaft darf übrigens in der Seitenlinie den zweiten Grad nicht überſchreiten. Halbgeſchwiſter ſind inbegriffen; cf. l. 35. pr. D. 3. 3., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 286. S. 543. d. 2. Ausg.*) Namens unmündiger Deſcendenten haben Aſcendenten kein mandatum praesumtum, Klein merkw. Rechtsſprüche der Hall. Juriſtenfacultät Bd. I. S. 314. — In der Schwägerſchaft gilt in Praxi daſſelbe, wie in der Verwandtſchaft, dabei wird aber immer vorausgeſetzt, daß die die Schwägerſchaft begründende Ehe noch beſtehe. — b) der Ehemann, ſoweit er in Vollmachtsnamen für die Frau handelt, denn perſönliche Rechte derſelben vertheidigt er jure maritali, und auch wegen ihrer Dotalgüter braucht er nicht erſt eine Vollmacht, weil ihm das bürgerliche Eigenthum daran zuſteht. In Anſehung des Paraphernalvermögens halten zwar Einige auch den Mann einer Vollmacht nicht für bedürftig, wenn ihm entweder geſetzlich oder durch Auftrag der Frau die Verwaltung deſſelben überlaſſen iſt, Glück Thl. V. S. 234., Danz Grundſ. d. ordentl. Proc. §. 140., Leyser Med. Sp. 302. med. 1. und 2., Stryck Us. mod. Pand. Lib. III. tit. 3., Schaumburg Princ. prax. jur. jud. Lib. I. cap. II. §. 8.; Andere verwerfen aber die Ausdehnung des bloßen Verwaltungsrechts, Pufendorf Obs. T. I. obs. 12., Claproth Einl. in den ordentl. bürgerl. Proceß. §. 84. Anm. c.

c) Litisconſorten; unbeſtritten jedoch erſt nach der Litisconteſtation, Glück Thl. XV. S. 235. — d) Anwälte, welche die zur ſtreitigen Rechtsſache gehörigen Urkunden in Händen haben, ſ. Kammerger.-Ordn. Th. I. Kap. 21. §. 2.

Kein mandatum praesumtum erſtreckt ſich jedoch auf Handlungen, welche ein Specialmandat erfordern, wie Eideszuſchiebung, Anerkennung von Urkunden u. dgl.

---

*) Carpzov Jurispr. for. P. III. c. 1. dec. 29. nimmt auch zwiſchen Stiefvater und Stiefſohn, ſo lange die Ehe dauert, ein mandatum praesumtum an.

Zu 3) Der Satz, welchen Puchta Pand. §. 323. aufstellt: „der Gegenstand des Mandats dürfe nicht gänzlich unbestimmt gelassen werden" — ist mit Vorsicht anzuwenden.*) Freilich gänzliche Unbestimmtheit wäre gänzlicher Leere gleich, und ist kaum denkbar, aber durch Unbestimmtheiten, wie sie im Leben wirklich vorkommen und oft unvermeidlich sind, wird das Mandat nicht aller Wirksamkeit destituirt, daher die Gesetze auch ein mandatum incertum, d. i. einen dem Geist nach allgemeinen Auftrag im Gegensatz eines mandatum certum statuiren; l. 46. D. 17. 1. Die l. 46. cit. begreift unter dem mandatum incertum zweierlei Fälle, entweder ein mandatum plurium causarum, zwischen welchen die Wahl offen gelassen ist, oder einer causa, welche aber auf verschiedene Art ausgeführt werden kann; tunc licet aliis praestationibus exsoluta sit causa mandati, quam quae ipso mandato inerant, si tamen hoc mandatori expedierit, mandati erit actio. Im Gegensatz ist also mandatum certum da, wo nur una causa vorhanden und nur una praestatio möglich ist; Sintenis Civilr. Bd. II. §. 113. Anm. 26. Am besten erläutert jenes ein Beispiel bei Leyser Sp. 168. med. 8. u. Sp. 180. med. 2. Pyrrhus Hectori Lipsiam ituro mandat, ut a Marco debitore suo aliquot millia *exigat*. Hector Lipsiam veniens Marcum obaeratum et mox foro cessurum, igitur

---

*) Auch die Gesetzstelle, auf welche Puchta seinen Satz gründet, gewährt nur einen unsichern Grund, weil deren Lesart bekanntlich bestritten ist. Es ist die l. 48. §. 2. D. 17. 1. Indem Puchta mit Neustetel im civil. Archiv Bd. II. S. 46. Anm. 1. und v. Wening-Ingenheim Bd. II. S. 316. Anm. n. die florentinische Lesart annimmt: extra mandati formam est — si mandem, ut *mihi* quemvis fundum emas, findet er darin den Satz ausgedrückt: das Mandat läßt keine gänzliche Unbestimmtheit des Objects zu. Diese Lesart gibt aber, wie die Meisten dafürhalten, keinen richtigen Sinn, deshalb scheint nach der Vulgata und Haloander statt mihi vielmehr *tibi* gelesen werden zu müssen, um in den Zusammenhang zu passen. Im Eingang des §. 2. wird nämlich das Wesen des Mandats dahin charakterisirt, daß es mit demselben unvereinbarlich sey, wenn dem Andern darin blos gesagt wäre, was er zufolge desselben in seinem Interesse und für seine eigene Rechnung thun solle, e. gr. ut *tibi* negotium geras, *tui* arbitrii sit nomen, i. e. ut cuivis credas, *tu* recipias usuras etc., denn dann wäre es kein Mandat, sondern ein Rath, und dies wird beispielsweise am Schlusse gezeigt: quemadmodum si mandem, ut tibi quemvis fundum emas. Mit dieser Ansicht stimmen überein: Voet Comm. Lib. XVII. tit. 1. §. 4., Noodt Probabil. Lib. IV. c. 12., Glück Thl. XV. S. 252. Anm. 31, Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 266. Anm. 4., Treitschke in der Uebersetzung des Corp. jur. Bd. II. S. 300. Anm. 73. u. A. Der florentinischen Lesart gibt jedoch den Vorzug Schilling Lehrb. f. Instit. Bd. III. §. 319. Anm. 5.

concursum creditorum imminere animadvertit. Urget tamen secreto Marcum, atque ab eo non quidem pecuniam, ut jussus erat, quum eam Marcus non haberet, sed merces in solutum et ducenta circiter in moneta reproba extorquet. Pyrrhus eum fines mandati excessisse ait et in judicio convenit. Sed absolverunt Hectorem Icti Vitembergenses, et Pyrrhum, ut rata haberet, quae Hector gesserat, condemnarunt. Egerat sine dubio contra mandatum Hector, sed prudentia, ut sic ageret, suadebat. Itaque verisimile erat, Pyrrhum praesentem id ipsum facturum fuisse. — Unter Umständen, welche nicht Zeit lassen — was sonst zunächst erforderlich wäre, l. 38. pr. D. 46. 3., — Instructionen erst einzuholen, muß der Commissionär selbständig handeln, so wie ein vorsichtiger Kaufmann handeln würde, und darf alles dasjenige thun, was er als ein nothwendiges Mittel zu dem ihm aufgegebenen Zweck erkennt; l. 46. l. 56. l. 62. D. 3. 3., Schweppe a. a. O. S. 269. §. 485., Bender Grundſ. d. Handelsr. §. 94., Lauterbach de jur. in curia mercator. usit. no. 69., Schilling a. a. O. §. 319., Erk. d. O.-A.-G. zu Dresden, ſ. Sächſ. Zeitſchr. f. Rechtspfl. 1841. S. 328.

Zu 4) Es ist eigentlich nicht richtig, wenn die Praxis*) die Ratihabition geradehin wie ein Mandat behandelt. Auch aus der Genehmigung einer ohne Auftrag unternommenen Geschäftsführung wird kein Mandat; die Genehmigung hat nur die Wirkung, daß der actio neg. gest. nicht mehr die Unnützlichkeit der Geschäftsführung im Ganzen entgegengesetzt werden kann; die Verpflichtung des Geschäftsführers wird aber nicht verändert, sondern fortdauernd nach den Grundsätzen der negot. gestio beurtheilt, l. 9. D. 3. 5. Der dominus negotiorum muß sich also nun freilich für die vorhergegangene Zeit als Mandant behandeln lassen, aber nur auf ihn kann sein einseitiger Act solchergestalt wirken, gegen den neg. gestor aber findet immer nur die act. neg. gest. directa statt, v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 664. S. 525. d. 6. Aufl.; für diejenigen Handlungen hingegen, die aus dem übernommenen Geschäfte als eine Folge noch nach der Genehmigung zu thun übrig bleiben, enthält die Genehmigung zugleich ein Mandat, wie z. B. wenn Jemand ohne Auftrag für einen Andern intercedirt und nach erfolgter Genehmigung zahlt, so findet

*) Stryck de cautel. contract. Sect III. cap. 1. §. 4., Mevii Dec. P. II. dec. 140. P. III. dec. 229. no. 15. dec. 360. no. 7. P. IV. dec. 377. no. 4. P. V. dec. 21. no. 5. dec. 31. no. 6. dec. 98. no. 2. dec. 269. no. 4. P. VI. dec. 46. no. 8. dec. 144. no. 6. Man bezieht sich deshalb auf l. 60. l. 152. §. 2. D. 50. 17. — l. 12. i. f. D. 46. 3. — l. 3. §. 2. D. 46. 7.

nun wegen einer aufgetragenen Zahlung act. mandati statt; Thibaut Versuche Bd. II. no. 10., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 285. III., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 589. u. 603., Glück Thl. V. S. 333. Thl. XV. S. 247., Bucher R. d. Ford. S. 266. u. die Anm. 4. cit. Schriftsteller, Busse de ratihabitione (Lips. 1834.) pag. 46., Welcker D. de interpretationem exhibens leg. 9. D. de neg. gest. juncta l. 60. de R. J. (Giess. 1813.) pag. 14. [Gegen diese Ansicht haben sich ausgesprochen Ruhstrat im Arch. f. civ. Prax. XXXIII. §. 16. (dazu Stintzing in d. Heidelb. krit. Zeitschr. III. S. 175.) und Fuchs im Hess. Arch. f. prakt. Rechtswiss. VII. S. 291—302. Letzterer sagt: „Durch die Ratihabition wird das bereits begründete Obligationsverhältniß weder für den Gestor noch für den Geschäftsherrn geändert, obwohl der Letztere wegen seiner Ratihabition nunmehr dem Mandanten gleich haftet, und Beiden steht lediglich die Klage aus der Geschäftsführung zu. Dies entspricht vollständig dem Wesen der Ratihabition, wird durch eine Reihe von Quellenaussprüchen bestätigt (l. 9. l. 6. §. 9. 10. D. 3. 5. — l. 50. pr. D. 17. 1. — l. 80. §. 7. D. 47. 2.) und l. 60. D. 50. 17. steht damit nicht in Widerspruch", denn in letzterer Stelle sey nur der Satz enthalten, daß die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts (Bürgschaft), dessen Erfüllung erst zur Begründung des Quasicontracts führt, als Auftrag zur späteren Erfüllung (d. h. die Zahlung für den Hauptschuldner) zu behandeln sey. Vergl. dazu Leist D. erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten S. 144 ff.]

Zu 5) In l. 56. §. 3. D. 17. 1. und l. 17. C. 4. 35. wird diese Frage verneinend entschieden, und darauf stützen v. Langenn und Kori in den Erörter. prakt. Rechtsfragen Th. I. S. 6. Anm. 10. ihre gleiche Verneinung. Nun wird man aber höchstens zugestehen müssen, daß die actio mandati der Regel nach nur auf Ersatz der Auslagen, und nie auf einen Lohn*) gerichtet werden könne. Dagegen ist es unwidersprechlich, daß auch nach den römischen Gesetzen für einen bestimmten versprochenen Lohn gleichwohl eine persecutio extra ordinem gegeben war; l. 7. D. 17. 1. — l. 1. C. 4. 35., v. d. Pfordten civil. Abhandl. S. 315., Glück Thl. XV. S. 288., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 317. (§. 253.). Dieser extraordinären Aushülfe bedarf es aber bei uns nicht mehr, da

*) Obwohl Manche noch dahin unterscheiden, daß man zwar nicht mercedem, aber doch ein honorarium fordern könne; Schmidt von gerichtl. Klagen §. 1039., Cocceji jus controv. Lib. XVII. tit. 1. pag. 795., Walch controv. jur. civ. pag 649.

uns die römischen Rechtsansichten, nach welchen man sich für manche Art von Geschäften keine Belohnung schicklicher Weise versprechen lassen konnte, fremd geworden sind. Ist demnach in solchen Fällen ein Lohn versprochen, so könnte man daraus blos folgern, daß kein mandatum, sondern ein anderer Vertrag, z. B. do ut facias oder locatio operarum zum Grunde gelegt werden müsse. Nothwendig scheint dies aber doch nicht, indem nach heutigen Begriffen immerhin ein Mandat da, wo es nach römischen Ansichten bestand, stattfinden kann, wenngleich das Attribut der Unentgeltlichkeit wegfällt.*) Hiernach ist aber auch gleichviel, ob eine bestimmte oder unbestimmte Belohnung versprochen worden ist; im letzteren Fall nämlich ist sie vom Richter zu arbitriren, Koch a. a. O. §. 285. IV. und §. 288. II., Unterholzner a. a. O. S. 587. Anm. d., und selbst wenn keine Belohnung versprochen war, kann sie gefordert werden, wenn der Beauftragte eine solche Person ist, welche dergleichen Dienste um ihres Unterhalts willen zu leisten pflegt, Struben rechtl. Bed. Th. IV. no. 173., Glück Thl. XV. S. 285—291. und die dort angeführte Literatur über diese Streitfrage.

Zu 6) Unter allen Umständen muß dem Mandatar jeder bona fide gemachte Aufwand vergütet werden, wenn auch gleich der Gewaltgeber vielleicht weniger aufgewendet hätte, s. l. 27. §. 4. D. 17. 1., Glück Thl. XV. S. 305., ferner wenn er auch das Geschäft nicht ganz beendigen konnte, l. 56. §. 4. D. 17. 1. — l. 1. C. 4. 35., denn Unglücksfälle hat er nicht zu prästiren, — so auch, wenn der zu führende Rechtsstreit verloren gegangen ist, l. 4. C. 4. 35. Nur überflüssigen Aufwand ersetzt der Mandant nicht, insofern er dem Mandatar das jus tollendi einräumt; l. 10. §. 10. D. 17. 1.

Zu 7) Ein specielles Mandat hat bestimmte, ein universelles natürliche Grenzen. Allerdings sind dem procurator omnium bonorum vorzugsweise gewisse Rechte eingeräumt, z. B. exigere et permutationem facere, l. 58. D. 3. 3. solvere creditoribus, l. 59. ib. fructus et res, quae facile corrumpi possunt, alienare l. 63. ib., ut recte ei solvatur l. 12. pr. D. 46. 3., rem in judicium deducere l. 12. D. 2. 14., Injurienklage zu erheben l. 17. §. 16. D. 47. 10., zu transigiren l. 7. pr. D. 3. 6. — l. 12. D. 2. 14., zu noviren l. 20. §. 1.

*) Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 587. sagt deshalb: „Wenn h. z. T. die mandati actio in solchen Fällen angestellt wird, wo die Geschäftsführung keine unentgeltliche ist, so sollte dies nur dann geschehen, wenn die Besorgung von der Art ist, daß nach den römischen Begriffen eine Uebernahme derselben gegen Vergeltung nicht für schicklich erachtet wurde."

D. 46. 2. — l. 58. D. 3. 3., Eide anzutragen l. 17. §. 3. D. 12. 2. — Zahlung zu leisten l. 59. D. 3. 3. — l. 87. D. 46. 3., Restitution zu fordern l. 25. §. 1. D. 4. 4. — aber auch eine Universal-Vollmacht kann nach ihrem Wesen nicht weiter gehen, als quatenus res ex fide gerenda esset; l. 60. §. 4. D. 17. 1. Veranlassung und Zweck des Auftrags, sowie die Lage und die gewöhnliche Handlungsweise des Gewaltgebers müssen vielmehr in den vorkommenden Fällen den Umfang seiner Gewalt bestimmen. Ein allgemeiner, zu gewissen Geschäften und Administrationen angenommener Geschäftsführer kann keine Anlehen machen, keine Zahlungen leisten, keine Veräußerungen und ähnliche präjudicirliche Handlungen, wie Proceßführungen und Vergleiche, vornehmen, als insoweit sie nothwendig und dem Administrationszweck oder dem Geschäftsauftrag überhaupt angemessen sind; l. 9. §. 4. D. 41. 1. — l. 63. D. 3. 3. l. 16. C. 2. 13. — l. 47. l. 48. l. 60. l. 63. D. 3. 3., Glück Thl. XV. S. 273., v. Bülow und Hagemann prakt. Erört. Bd. VI. S. 356. Ist ihm nur eine gewisse Gattung von Geschäften (mandatum generale) aufgegeben, so ist er durchaus auf diese beschränkt; z. B. der procurator litium kann ohne besonderen Auftrag keinen Vergleich schließen, keine Zahlung annehmen u. dgl.; l. 86. u. 87. D. 46. 3., Buchner Versuch einer Theorie des Vollmachtsvertrags §. 86. Die auf l. 58. D. 3. 3. — l. 9. §. 4. D. 41. 1. u. c. 4. in VIto. de procurat. u. Clem. 2. eod. gestützte Behauptung Mehrerer, daß ein mandatum cum libera zu Allem berechtige, wozu nach den Gesetzen ein mandatum speciale erfordert wird, hat die Praxis gegen sich; s. vorzüglich v. Quistorp Beitr. no. 27., Glück Thl. IV. S. 292.

Zu 8) Walch controv. jur. civ. pag. 651. §. 3. spricht ihm mit Mehreren auch die act. neg. gestorum schlechthin ab, richtiger ist es aber wohl, mit Glück Thl. XV. S. 279. zu unterscheiden, ob der Mandatar contra fines mandati oder praeter fines mandati gehandelt hat*). Daß ihm im ersten Fall die act. neg. gest. nicht zustehen

---

*) Handelt er gegen seine Instruction, oder überschreitet er die Grenzen seines Auftrags, so ist, nach Verschiedenheit der Fälle, entweder das Geschäft selbst für den mandans unverbindlich, z. B. wenn der zum Verkauf Bevollmächtigte die Sache an einen Andern, als an welchen der Mandant wollte, verkauft oder während er eine bestimmte Sache um bestimmten Preis kaufen sollte, eine andere, wenn auch werthvollere, um diesen oder um noch geringeren Preis gekauft hat; l. 63. pr. D. 18. 1. — l. 5. §. 2. D. 17. 1. Es kann aber auch blos der daraus hervorgehende Schaden in Betracht kommen. Z. B. wenn der Mandatar die Sache unter dem bestimmten Preis verkauft hat. Die

könne, fällt in die Augen; im zweiten Fall kommt es nur darauf an, ob die besonderen Erfordernisse der act. neg. gest. vorhanden sind. Aber auch wenn der Mandatar contra mandatum gehandelt hat, kann er seine Ansprüche aus dem vollzogenen Auftrag gegen den mandans dann geltend machen, wenn er die Wirksamkeit seiner Handlung freiwillig in ihre Grenze einschränkt, z. B. wenn er das, was er um 50 Fl. zu kaufen Vollmacht hatte, um 60 Fl. gekauft hat, und er dem Verkäufer den Mehrbetrag von 10 Fl. aus eigenem Beutel zulegt, so muß der Mandant nach der vermöge l. 33. D. 17. 1. überwiegend gewordenen billigeren Meinung das Geschäft gelten lassen; vergl. l. 3. §. 2. l. 4. D. 17. 1. — §. 8. J. 3. 26.*) Man darf auch nicht übersehen, daß nicht jede Abweichung vom erhaltenen Mandat die Handlung ungiltig macht, nämlich alsdann nicht, wenn die Absicht des Mandanten dadurch ebenso gut, als auf die von ihm selbst angegebene Art erreicht wird; l. 45. §. 4. l. 46. i. f. D. 17 .1. l. 62. §. 1. eod.

Zu 9) Nur wenn der Mandatar bei Gelegenheit der Vollziehung des Auftrags einen zufälligen Gewinn für seine Person gemacht hat, braucht er diesen dem Mandanten nicht herauszugeben. Was aber aus dem aufgetragenen Geschäft selbst erzeugt worden ist, oder erzeugt werden konnte und sollte, insbesondere Früchte und Zinsen, muß er herausgeben, und auch das, was er als Zubehör für die Sache angeschafft hat, wenn der mandans die Anschaffungskosten zu ersetzen bereit ist; l. 10. §. 10. D. 17. 1., vergl. l. 7. §. 6. D. 26. 7. — l. 30. D. 5. 3. Daß er auch dasjenige, was außer den Grenzen seiner Vollmacht aus dem Geschäft erworben wurde, dem Auftraggeber abzuliefern schuldig ist, geht aus mehreren Gesetzstellen hervor; z. B. nach l. 10. §. 3. u. 8. D. 17. 1. muß er die von ihm eingenommenen Zinsen herausgeben, auch wenn es ihm untersagt war, die Gelder verzinslich auszuleihen; cf. l. 46. §. 4. D. 3. 3. — l. 20. l. 43. D. 17. 1. — Glück Thl. XV. S. 292. u. 297., Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 594.

Zu 10) Es schien mehreren angesehenen Rechtsgelehrten ein solches Mandat mit dem Grundsatz, daß jedes Mandat mit dem Tode

---

Differenz muß der Mandatar vergüten, und vermag er dies nicht, so kann der Mandant die Sache vindiciren; l. 5. §. 3. u. 4. D. 17. 1. — l. 1. §. 3. D. 21. 3. Paul. Sent. II. 15. §. 3.

*) Ob der Machtgeber für unerlaubte Handlungen, welche der Bevollmächtigte bei Vollziehung seines Auftrags begangen hat, einzustehen verpflichtet sey, s. folgenden §. zu Fr. 4.

des Mandanten seine Existenz verliert, ganz unvereinbarlich zu seyn, und vielmehr dessen Wirkungslosigkeit umsoweniger bezweifelt werden zu dürfen, als man sie in l. ult. D. de solut. (46. 3.) sogar ausdrücklich ausgesprochen fand, und überdem die alte Rechtsregel, daß keine Verbindlichkeit und keine Klage bei den Erben ihren Anfang nehmen könne, die nicht schon dem Erblasser selbst oder gegen denselben zustand, Gajus Comm. III. §. 158., nicht an die Wirksamkeit solcher stipulationes post mortem compositae hatte denken lassen. Cocceji jus controv. Lib. XVII. tit. qu. 17. sagt deshalb: Si quis mandet Titio, ut Gajo post mortem suam 100 solvat, hoc non valet, quia non magis potuit jus alii quaerere, quam alium obligare. Allein Justinian hat, was die zuletzt gedachte Regel betrifft, die älteren Scrupel beseitigt, und in l. un. C. ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant (4. 11.) das Gegentheil ausgesprochen. Das aus der vorhin gedachten l. ult. D. 46. 3. entspringende Bedenken muß aber wohl durch eine vermöge der Autorität der Basiliken T. IV. Lib. XXVI. tit. 5. const. 108. pag. 171. gerechtfertigte, obwohl von Wieling lect. jur. civ. Lib. II. cap. 11. §. 3 ff. nicht gebilligte Textes-Emendation*) gehoben werden, da mehrere andere Gesetze ein mandatum post mortem mandantis exequendum anerkennen; l. 12. §. ult. l. 13. l. 27. §. 1. D. 17. 1. — l. 108. D. 46. 3., Glück Thl. XV. S. 337., Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 593. Anm. f., Zimmern im civilist. Archiv Bd. IV. S. 235., v. Hartitzsch Entscheid. no. 265. Eine befriedigende Erklärung findet Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 487. in folgender Ansicht: „Es gibt Aufträge, welche ihrem eigenthümlichen Inhalt zufolge erst nach dem Tode des Principals erfüllbar sind. Ist dies eine wesentliche Eigenschaft des Auftrags (lex obligationis l. 108. D. 46. 3.), so erlischt er durch den Tod des Gewaltgebers nicht; wenn die Ausführbarkeit nach dem Tode desselben aber nicht eine wesentliche Eigenschaft des Auftrags ist, so erlischt er mit dem Ableben des Mandanten, wenngleich im Contracte gesagt seyn sollte, das Aufgetragene möge erst nach diesem Zeitpunkte geschehen.“ §. 10. J. 3. 26.

---

*) Die l. ult. cit. lautet nämlich nach der florentinischen Lesart: Ei autem, cui jussi debitorem meum post mortem meam solvere, non recte solvitur, quia mandatum morte dissolvitur. Die schon in Cujacii Obs. Lib. I. cap. 38. vorgeschlagene Emendation dagegen: Ei autem, cui jussi debitorem meum solvere, post mortem meam non recte solvitur etc. bringt Alles in das Reine und in Uebereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen vom Mandatsvertrag.

Zu 10 a) Regel ist es zwar, daß das Mandat mit dem Tod des Mandanten aufhört,*) weil es, wenn kein Wille mehr existirt, auch kein Werkzeug desselben mehr geben kann, woraus nothwendig folgt, daß dasjenige, was der Mandatar nach des Mandanten Tod — wo er (wie Gesterding in den alten und neuen Irrthümern S. 211. sagt) einem Körper ohne Seele zu vergleichen wäre — noch vornimmt, von den Erben des Mandanten nicht anerkannt zu werden**) braucht, und ebensowenig der Vollmachtsertheiler nöthig hat, dasjenige gelten zu lassen, was die Erben des vor Vollführung des Mandats gestorbenen Mandatars weiter noch gethan haben. Indessen leidet dieser Grundsatz doch eine Modification insoweit, als die späteren Handlungen blos nothwendige Folgen einer noch bei Lebzeiten erfolgten obligatorischen Handlung sind. So kann

a) der Tod des Mandanten nicht die Tradition einer schon bei seinen Lebzeiten mandatsgemäß verkauften Sache verhindern; l. 33. D. 41. 2. Daher heißt es in l. 15. C. 4. 35. nur: mandatum *re integra* domini morte finitur; d. i. nach Gaj. III. §. 160. antequam executus fueris mandatum, oder nach l. 6. D. 2. 1. antequam res ab eo, cui mandata est, geri coeperit, oder in Anwendung auf ein aufgetragenes Kaufgeschäft: priusquam adgredereris emtionem — hoc est re integra. Theophil. III. 26. §. 9.

b) Auch der Tod des Mandatars kann seine Erben nicht aller von ihrem Erblasser übernommenen Verbindlichkeiten entheben, insofern nämlich diese sich über seine Lebenszeit hinaus in ihren unabänderlichen Folgen erstrecken. Deshalb heißt es auch da in l. 27. §. 3. D. 17. 1.: morte quoque ejus, cui mandatum est, si is *integro adhuc mandato* decesserit, solvitur mandatum; cf. §. 9. J. 3. 27. Z. B. wenn der Mandatar auftragsgemäß für den Mandanten Bürgschaft geleistet hatte, so war, wenn er nun starb, nicht mehr mandatum integrum, denn der Mandatar hatte bereits eine obligatorische

*) Doch besteht das Verhältniß nach dem Tode des Mandanten bei einem Auftrag zur Proceßführung, wenn die Vollmacht zugleich für die Erben desselben ausgestellt worden ist. J. R.-A. v. J. 1654. §. 99. Seuffert's Archiv XI. No. 239.

**) Nur eine singuläre Ausnahme hiervon findet statt in favorem dotis nach l. 9. §. 1. D. 23. 3. Eine solche könnte nach l. 4. pr. D. 40. 2. auch für die Manumission angeführt werden, wenn nicht l. 15. §. 1. D. 40. 9. gerade das Gegentheil ausspräche.

Handlung vollzogen, deren Verpflichtung auf seine Erben überging, denen daher auch ebensowenig wie ihm selbst, wenn er noch lebte, die actio ex mandato versagt werden kann. Oder: ein aufgetragenes Geschäft wird durch den Tod des Mandatars in einer solchen Periode unterbrochen, daß durch Verstreichung einer Frist, deren Wahrung dem weit entfernten Mandanten, welcher vielleicht von dem Todesfall seines Mandatars gar nichts weiß, unmöglich ist, das ganze Recht verloren ginge, oder ein angefangenes Bauwerk würde einstürzen, wenn mit dem Moment des Todes des Baumeisters keine Hand mehr angelegt würde; l. 23. C. 2. 13., cf. l. 1. Cod. Theodos. 2. 12.*)

Die der auflösenden Wirkung des Todes des Mandanten auf das von ihm ertheilte Mandat beigefügte Limitation: mandato integro oder re adhuc integra findet auch auf diejenigen Fälle Anwendung, wo der Mandatar noch nach dem Tod des Mandanten gehandelt hat, während er von dem eingetrenen Todesfall noch nichts wußte. Ist nun durch seine Handlungen res non amplius integra geworden, so gilt der Satz: mandatum morte mandatoris, non etiam mandati actio solvitur, l. 58. D. 17. 1., oder mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare; l. 26. pr. §. 1. D. 17. 1. Er gilt auch nicht blos im Verhältniß zwischen dem Mandanten und Mandatar, sondern auch in Beziehung auf den,

*) Außer solchen Nothfällen aber muß man mit Höpfner Instit. §. 927. Anm. 4. behaupten: „Auch in dem Fall, wenn der Mandatar schon angefangen hat, den Auftrag zu erfüllen, und nun er oder der Mandant stirbt, sind die Erben des Mandatars weder befugt noch schuldig, denselben zu vollenden," cf. l. 57. D. 17. 1. Zu weit geht daher Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 487., wenn er ohne Einschränkung behauptet, ein vom Bevollmächtigten bereits angefangenes Geschäft müßten dessen Erben vollenden. Das Mandat ist auf eine gewisse Persönlichkeit beschränkt, mandatum — originem ex officio atque amicitia trahit. Wer auf einen gewissen Menschen sein Vertrauen setzt, soll durch den Irrthum oder die Unwissenheit seiner Erben keinen Schaden leiden, sagt l. 57. cit. Ebensowenig möchte beizustimmen seyn, wenn Glück vom umgekehrten Fall behauptet, der Mandatar könne durch den Tod des mandans nicht an der Vollführung des Auftrags gehindert werden, wenn er zum Zweck desselben bereits einen solchen Kostenaufwand gehabt hat, daß es ihm unmöglich ist, wieder zurückzugehen. Diese Kosten müssen ihm ja in alle Wege von den Erben des Mandanten ersetzt werden, sie mögen nun das angefangene Werk eingehen lassen, oder einem Andern übertragen; l. 27. §. 3. 4. D. 17. 1., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 321. (§. 256.)

welcher sich mit Letzterem eingelassen hat.*) Es fragt sich also nur: wann ist denn eigentlich mandatum non integrum? Man muß sich dies also vorstellen: die Handlungen des Mandatars, welche, da Mandans nicht mehr lebt, blos Scheinhandlungen sind, können von der Art seyn, daß, wenn man sie in ihr Nichts zerfallen läßt, eben Alles so ist und bleibt, wie es vor der Scheinhandlung war, und da steht der Geltung des Princips mandatum morte finitur nichts im Wege; z. B. der Beauftragte übergibt auftragsgemäß ein Geschenk, vermeinend einen Lebenden zu repräsentiren, oder nimmt irgend eine andere Veräußerung vor, so ist damit juristisch nichts geschehen, l. 41. D. 12. 1. — l. 2. §. 6. D. 39. 5. — l. 57. D. 17. 1. Die Handlungen des Mandatars können aber auch von der Art seyn, daß die dadurch veränderten rechtlichen Zustände ohne eine Verletzung nicht mehr in die vorige Lage zurückgebracht werden können; da muß man denn allerdings sagen: mandatum quidem solvi, sed obligationem aliquando durare. Z. B. wenn ein Schuldner des Verstorbenen an dessen Mandatar zahlte, und dieser quittirte, während keiner von Beiden wußte, daß der Mandant schon todt sey, so kann die Liberation nicht mehr rückgängig gemacht werden; l. 26. §. 1. D. 17. 1. — l. 77. §. 6. D. de legat. II. (31.) Oder S. hatte dem T. aufgetragen, für seine Rechnung dem U. 1000 Thlr., welche er diesem zum Geschenk bestimmte, auszuzahlen, was dieser sofort that, ohne von dem Tod des S. zu wissen, dann muß man wohl dem T. die Mandatsklage gegen die Erben des S. zugestehen; l. 19. §. 3. D. 39. 5. Oder wenn der Procurator nach dem ihm unbekannt gebliebenen Tod des Gewaltgebers noch Handlungen für denselben vorgenommen hat, welche die Proceßordnung erforderlich machte, und Arbeiten und Auslagen deshalb zu fordern hat, wie sollte man ihm die Mandatsklage gegen die Erben des Mandanten versagen? l. 58. D. 17. 1.

c) Eine Substitution, welche vom Machtgeber selbst, oder vom Bevollmächtigten, vermöge der ihm ausdrücklich dazu gegebenen Erlaubniß, geschehen ist, erlischt nicht durch den Tod des in

---

*) Der Unterschied, welchen Glück Thl. XV. S. 347. in letzterer Beziehung dahin machen zu müssen glaubt, ob der Dritte durch die Aufrechthaltung des Geschäfts gewinnen oder nur von einem Verlust befreit würde, oder gar, ob sein Verlust mehr oder minder bedeutend wäre, ist in Rechten nicht begründet.

diesem Verhältniß nicht als Machtgeber erscheinenden Bevollmächtigten; Voet Comm. ad Pand. Lib. XVII. tit. 1. §. 15., Hagemann prakt. Erörter. fortges. von Spangenberg Bd. VIII. Abth. II. S. 172., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 290. I. No. 4. Ein Anderes wäre es, wenn der Mandatar ohne ausdrücklich erhaltene Befugniß Jemand substituirt hätte. Die Berechtigung dieses Substituten müßte freilich mit dem Tod des Substituenten als erloschen angesehen werden, da er sie nur vom Letzteren ableitet.

Zu 11) Die Entscheidung dieser Frage hängt mit der Controverse zusammen, ob die Litisdenunciation nur in Evictionsfällen, oder auch überhaupt in allen Verhältnissen nothwendig sey, in denen der Litisdenunciat im Falle des Verlustes des Processes für die Schadloshaltung haftet. Ungeachtet die älteren Commentatoren, Cujaz, Donell, Voet, Huber u. A. m., gar keine Ahnung davon hatten, daß man eine Streitverkündigung auch in anderen Verhältnissen, als bei der Eviction, für nöthig halten könnte, traten doch nach dem Vorgang von Zanger de exc. P. II. c. 2. no. 9. und Leyser Sp. 241. med. 1. mehrere Neuere mit einer solchen Behauptung auf; Claproth ordentl. Proc. §. 461., Gönner Handb. d. Proc. Th. I. S. 353., Weber Beiträge zur Lehre von Klagen und Einr. S. 49., Grolmann Theorie d. ger. Verf. §. 159., Linde Civilproc. §. 112. Allein die ältere Meinung, daß in allen anderen, außer den Evictionsfällen, die Streitverkündigung eine ganz willkürliche Sache sey, ist wieder siegreich vertheidigt worden von Gensler im civilist. Archiv Bd. IV. S. 183., Dunze daselbst Bd. X. S. 355., und kann nun wohl als gemeine Meinung gelten; Hommel Rhaps. obs. 191., Struben rechtl. Bed. Th. I. Bed. 16., Fratr. Becmannor. Consil. et Decis. P. I. cons. 36. §. 21. u. 24., Pufendorf Observ., herausg. von L. Schmidt, Obs. 34., Kind Qu. for. T. IV. cap. 26. pag. 199., Danz ordentl. Proc. §. 486., Martin Proc. §. 307. — Auch Thibaut System §. 491., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. S. 761. und Mühlenbruch Lehrb. Bd. II. §. 398. erwähnen eine Verbindlichkeit zur Streitverkündigung nur bei der Evictionsleistung, auf welche sie auch die Gesetze allein beziehen; l. 16. §. 1. l. 53. §. 1. l. 62. §. 1. D. de evict. (21. 2.) — l. 7—9. l. 20. l. 23. C. 8. 45. Bei unbefangener Betrachtung muß man sich überzeugen, daß nur da, wo der gegen einen Dritten verlorene Proceß allein der Grund der gegen den Mitcontrahenten anzustellenden Klage ist, nicht aber da, wo dies nicht der Fall ist, wo also

die Contractsklage ohnedies schon begründet ist, die Streitverkündigung gefordert werden könne. Das Verhältniß des Mandanten zum Mandatar ist gleich dem Verhältniß des Schuldners zum Bürgen. Sowie der Bürge nicht überall und absolut verbunden ist, dem Hauptschuldner litem zu denunciiren, sondern nur, wenn ihm bekannt ist, daß diesem eine peremtorische Einrede gegen die verbürgte Schuld zustehe, — si sciens id fecit — l. 10. §. 11. 12. l. 29. D. 17. 1.,*) so kann auch der Mandatar, welcher mit einem Dritten contrahirte, und von diesem belangt wird, nur dann dem Mandanten den Streit zu verkünden verbunden erachtet werden, wenn er weiß, daß dem Mandanten eine wirksame Einrede wider die von dem Dritten erhobene Klage zustehe; Pufendorf a. a. O., Gensler a. a. O., Struben a. a. O., Mevii Decis. P. II. dec. 289.

Zu 12) Häufig bringt es die Natur des Geschäfts mit sich, daß nicht jede nothwendige Ausgabe mit einem besonderen Beleg nachgewiesen werden kann. Besonders ist dies in kaufmännischen Commissionsgeschäften der Fall, daher das Lübische Recht Lib. III. tit. 6. Art. 20. den Grundsatz aufstellt: Wer Jemandem eine Waare oder ein Geschäft anvertraut, muß ihm auch die Rechenschaft darüber vertrauen, und sich, statt sonst erforderlicher stringenter Beweise, mit den eigenen Aufzeichnungen oder eidlichen Versicherungen desselben begnügen. Gemeinrechtlich dürfte dies jedoch nur mit der Einschränkung gelten, welche Mevius ad Jus Lubec. P. III. tit. VI. Art. 20. no. 49. beifügt: Iste intellectus juris nostri eo extendi non debet, ut mandatarius aliter quam in verosimilibus fidem habeat, nec, si isti praesumtiones obstent, a probatione alia absolvatur; Rebmann vom Verfahren in Rechnungsangelegenheiten §. 102. S. 205. Den eben angeführten Grundsatz des Lübischen Rechts erachtete das O.-A.-G. zu München mit der beigefügten Einschränkung auch gemeinrechtlich und in der Natur des auf besonderem Vertrauen beruhenden Commissionsgeschäfts für begründet; Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. I. S. 291. Bd. III. S. 415. Bd. XII. S. 378., Heise und Cropp jurist. Abhandl. Bd. I. S. 219. §. 9. [Vergl. Seuffert's Archiv XV. No. 123. und XVI. No. 215.]

Zu 13) Bei der Betrachtung, daß das Mandat gewöhnlich nur

*) In praxi freilich macht man den Bürgen immer, also blos wegen der Möglichkeit, daß dem Hauptschuldner Einreden zustehen können, von welchen der Bürge nichts weiß, zur Streitverkündigung an den Hauptschuldner verbindlich; Leyser Sp. 241. med. 1., Thibaut Syst. §. 1272. der älteren Ausgaben, Glück Thl. XX. S. 406.

im Interesse des Mandanten ertheilt wird, und der Mandatar gewöhnlich keinen, oder — wenn ihm anders ein Honorar zugesagt ist — doch nur einen unerheblichen Vortheil hat, kam man hart daran, dem Grundsatz der l. 13. u. 21. C. 4. 35. zu huldigen, daß der Mandatar dolum und omnem culpam prästiren müsse. Unter den Neueren will auch Unterholzner a. a. O. S. 593. Anm. h. den Mandatar, wenn er bei Gelegenheit der Vollziehung des Auftrags Schaden gestiftet hat, nur für dolus verantwortlich machen.*) Die ältere Literatur über diese Streitfrage s. Höpfner Instit. §. 926. Anm. 3. u. Walch controv. jur. civ. pag. 650. §. 2. Die gemeine Meinung hat sich indessen dahin fixirt, daß der Mandatar dolum und omnem culpam zu prästiren habe.**) Den Grund hiervon findet man in dem Princip der Römer, daß bei allen obligationibus faciendi der höchste Fleiß erforderlich sey, und da eine Geschäftsführung nur dann gelingen könne, so sey der größte Fleiß als stillschweigend bedungen anzusehen; Koch R. d. Ford. Bd. I. §. 26., Gebr. Over-

---

*) Das Preuß. Landrecht Th. I. Tit. 13. §. 55. fordert vom Mandatar nur diligentiam rebus suis consuetam. Das Oesterr. Gesetzbuch §. 1009., vgl. v. Zeiller Comm. Bd. III. S. 281., fordert einen solchen Grad der Diligenz, welcher bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann. Dies ist auch wohl das richtigste. Die wenigen Anhänger einer doctrinellen Distinction zwischen culpa levis und levissima wenden dieselbe auch hier an; Pfeiffer Neue Samml. bemerkenswerther Entscheid. des O.-A.-Ger. in Cassel Bd. I. S. 1. „Der Mandatar, welcher das Mandat ohne Honorar übernommen hat, prästirt nur culpam levem, nicht levissimam." Eine singuläre Ansicht findet sich in v. Hohnhorst's Jahrbüchern des Großh. Bad. O.-H.-G. zu Mannheim Bd. I. S. 288.

**) S. den in Glück Thl. XV. S. 267. Anm. 2. aufgeführten Phalanx von Rechtsautoritäten, welchen noch beizufügen ist: v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 318. (§. 254.), Hasse von der culpa des R. R. §. 92—94., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 271. §. 485., Puchta Pand. §. 324., Thibaut Syst. d. Pand. §. 519. lit. c., Braun Dict. zu §. 867., Walch l. c. pag. 650., Köchy Meditt. Bd. I. S. 266. Dem mandans gegenüber gesteht auch Unterholzner a. a. O. zu, daß in der Regel der Mandatar zum höchsten Grad der Sorgfalt verbunden ist, und eine Vernachlässigung nicht einmal dadurch entschuldigen kann, daß er beweist, in seinen eigenen Angelegenheiten ebenso gehandelt zu haben, l. 21. C. 4. 35. — l. 23. D. 50 17.; jedoch bringt es seiner Meinung nach die Natur der Sache mit sich, daß in gewissen Beziehungen eine redliche Geschäftsbesorgung zur Pflichterfüllung genügt, so z. B. wenn ein Kaufgeschäft aufgetragen ist, so kann zunächst nichts weiter verlangt werden, als daß der Kauf ohne Gewissenlosigkeit abgeschlossen werde, während nachher bei der Aufbewahrung der gekauften Sache auch Versehen verantwortlich machen; l. 8. §. 10. D. 17. 1.

beck Meditt. Bd. I. S. 240. — Offenbar ist daher der Mandatar auch zum Ersatz alles Schadens verbunden, wenn er den Mandanten durch falsche Berichte zu einem hinterher fruchtlosen Aufwand inducirt; l. 27. §. 2. D. 17. 1., Madihn Miscellen no. XII. S. 59. Wegen der vom Verwalter aus dem ihm zur Verwaltung anvertrauten Vermögen ausgeliehenen Gelder kann derselbe auf zweierlei Weise haftbar werden: a) hat er sie, ohne eine besondere Verstattung, auf seinen eigenen Namen ausgeliehen, so macht er die damit erworbenen Forderungen zu den seinigen, und hat also auch die Gefahr zu tragen, wenn er nicht vor oder bei der Vertragsschließung ausdrücklich oder durch schlüssige Thatsachen die Absicht manifestirt hat, sie für den Herrn auszuleihen; b) gehen die im Namen des mandans von ihm ohne specielle Hypothek ausgeliehenen Gelder bei den Schuldnern verloren, so kann der Mandatar, wenn ihm keine besondere Vorschrift über die Art der Fructification gegeben war, nur dann ersatzpflichtig werden, wenn er nicht beweisen kann, genugsame Ueberzeugung erlangt zu haben, daß die Debenten sich zur Zeit der Ausleihe in solchen Verhältnissen befunden haben, wonach ihnen das fragliche Capital ohne specielle Hypothek mit voller Sicherheit habe anvertraut werden können, und überhaupt die Sorgfalt eines diligens paterfamilias angewendet zu haben; Strippelmann bem. Entscheid. d. O.-A.-G. zu Cassel Th. III. Abh. I. no. 28. Solche Gelder, welche der Mandatar nicht zur verabredeten Zeit dem Mandat gemäß verwendete, muß er ohne Weiteres mit jährlichen 5 Proc. verzinsen; s. Deput.-Abschied v. 1600. §. 139. Daß der mandans dem Mandatar für das geringste Versehen verantwortlich ist, liegt außer Streit. Trifft den Mandatar aus Anlaß der Ausrichtung seines Auftrags ein Unglücksfall, z. B. Raub, Schiffbruch, so hat der mandans dafür nicht einzustehen,*) l. 26. §. 6. D. 17. 1., sowie auch ein zufällig daraus

*) Eine Ausnahme hiervon wird jedoch bei der unfreiwilligen Uebernahme eines, wie der Mandant weiß, mit Gefahren in der Ausführung verbundenen Auftrags stattfinden müssen, zu welchem der Beauftragte Dienstes halber verpflichtet war. Es muß hier vorausgesetzt werden, daß derjenige, welcher das commodum erlangen wollte, auch die damit verbundene Gefahr auf sich nehmen wolle, denn der Beauftragte kann sich doch wohl auf den Grundsatz berufen: quod nemini officium suum debet esse damnosum; Lauterbach Coll. th. pr. Lib. XVII. tit. 1. §. 36., Glück Thl. XV. S. 315. und Andere behaupten dies sogar bei einem freiwillig übernommenen Auftrag. Wenn nämlich der Mandant wissentlich an gefährliche durch Räuberei berüchtigte Orte schicke, so übernehme er stillschweigend die Gefahr, oder begehe dadurch wenigstens eine culpa.

für den Mandatar entstandener Vortheil ihm verbleibt. Geschenke, welche ihm für seine Person, obgleich wegen des Geschäfts gemacht wurden, braucht er daher auch nicht an den Mandanten herauszugeben; v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 318. (§. 254.)*)

Zu 14) Die Spedition ist ein mercantilisches Geschäft, dessen Grundsätze und Vorschriften durch besonderen Unterricht erlangt werden. Nichtbeobachtung der entsprechenden Sorgfalt, Unvorsichtigkeit in der Wahl der Hilfspersonen (Zwischen-Spediteurs, Fuhrleute), Abweichung von den ihm vom Absender gegebenen besonderen Vorschriften, Verzögerung der Versendung, Nachlässigkeit in Verwahrung, Verpackung und Versicherung der Waare hat er zu vertreten. Z. B. der Spediteur, welchem Waaren mit dem Anfügen, „damit nach Bericht zu verfahren," zugesandt worden sind, darf nur nach solchergestalt vorbehaltener unmittelbarer Anweisung des Absenders handeln. Zeigt nun gleich ein anderer Kaufmann ihm einen Brief desselben vor, wodurch er angewiesen wird, sich die Waare aushändigen zu lassen, so macht sich dennoch der Spediteur verantwortlich, wenn er die Waare aushändigt, so lange er nicht vom Absender unmittelbar die Anweisung dazu erhalten hat. Man kann auch wohl nicht mit v. Martens Grundriß des Handelsr. §. 18. sagen, daß er nur den mittleren Grad des Fleißes zu leisten verbunden sey, sondern vielmehr, daß er omnem culpam zu prästiren habe; Mittermaier deutsch. Privatr. §. 553., v. Bülow und Hagemann prakt. Erörter. Bd. IV. no. 78. S. 439., v. Hartitzsch Entscheid. no. 382. u. 383., Glück Thl. IV. S. 357., vgl. l. 25. §. 7. D. 19. 2. Noch strenger behandelt der Code de Commerce Art. 99. den Spediteur, indem er ihn schlechthin zum Garanten der Waare macht. Das Obertribunal zu Stuttgart macht zwar dem Spediteur die äußerste Sorgfalt und Vorsicht zur Pflicht, daß er keine mangelhaften oder beschädigten Güter annehme und weiter verladen lasse, beschränkt aber diese Sorgfalt auf Wahrnehmung äußerlich erkennbarer Mängel; s. Seuffert's Archiv Bd. IV. S. 134. mit Beziehung auf das Privatr. von

---

*) Verzug des Mandatars in Ablieferung der dem Mandanten gebührenden Gelder verpflichtet ihn zu Zinsen, l. 10. §. 3. D. 17. 1. — l. 19. C. 4. 35., wenn nicht anders der Mandant selbst solche Gelder müssig liegen zu lassen gewohnt war; l. 13. §. 1. D. 22. 1. — Liefert er die zur Befriedigung eines Gläubigers erhaltenen Gelder nicht richtig ab, so muß er, wenn der Mandant Zinsen daraus zu zahlen hatte, diese vergüten, und hat er die Gelder in seinen Nutzen verwendet, so wird er, als der Unterschlagung schuldig, als ein Dieb angesehen; l. 12. §. 10. l. 22. §. 7. l. 55. D. 17. 1.

Mittermaier §. 499., Maurenbrecher §. 367., Pöhls Handelsr. §. 120. no. 2—4., Bender deutsch. Handelsr. §. 109. no. 2., Büsch Darstellung des Handels Th. I. S. 219. Erfolgten Beschädigungen durch die Schuld der Fuhrleute, so würde der Spediteur nach den gemeinrechtlichen Grundsätzen vom Mandat nur für culpa in eligendo haften, wofür auch das O.=A.=G. zu Lübeck erkannt hat; Seuffert Archiv Bd. V. No. 306. Jedoch machen ihn andere deutsche Handels=Usancen für jedes Versehen seines Stellvertreters unbedingt ersatzpflichtig. Von der Würtemb. Handelskammer bezeugt dies ein Oberrichterl. = Erk. in Seuffert's Archiv Bd. VI. S. 346., aber s. dagegen Hasse die culpa des R. R. Aufl. 2. S. 110. und die Erkenntnisse des O.=A.=G. zu Lübeck u. Dresden in Seuffert's Archiv a. a. O. u. Bd. VII. No. 224. Wenn der nämliche Spediteur Aufträge vom Absender und vom Destinatar der Waare erhält, so ist er zwar Beiden verpflichtet, er kann aber die Ordre des Letzteren nicht eher ausrichten, als bis der des Absenders Genüge geleistet ist. Z. B. wenn der Spediteur vom Absender die Ordre erhalten hat, die Waare nicht vor Bezahlung abzuliefern, so klagt der Destinatar vergebens gegen den Spediteur aus dem Grund, daß er sein Mandatar sey, wegen verweigerter Ablieferung, während er noch nicht gemäß der Ordre des Absenders Zahlung geleistet hat; Erk. des O.=A.=G. zu Lübeck in der Bremer Samml. 1833. S. 161. Ohne besondere Verabredung gilt überhaupt der Spediteur als Mandatar des Absenders, nicht des Adressaten; Erk. d. O.=A.=G. zu München in Seuffert u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. XV. S. 168., Seuffert's Archiv Bd. V. S. 60. Das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers kann der Spediteur bezüglich seiner Spesen nicht in Anspruch nehmen, indem die Lagermiethe keine für sich bestehende locat. conduct. ist, sondern ein Theil des Speditionsvertrags; Erk. d. O.=A.=G. zu Lübeck in der Bremer Samml. 1834. S. 229. In der Person des Spediteurs kann sich auch eine andere rechtliche Eigenschaft vereinigen, welche ihm weitere Befugnisse gewährt. Z. B. der Spediteur erhielt ein Faß Wein zur Weiterbeförderung, welche aber nicht von Statten gehen konnte, weil der Adressat die Annahme verweigerte. Als endlich der Absender den Wein wieder vom Spediteur zurückforderte, zeigte dieser ihm an, daß er den Wein, weil er inzwischen begonnen habe, kahnig und üblen Geruches zu werden, versteigert habe, und nur für den Erlös hafte. Er handelte hier als neg. gestor. Daß er dabei auch sein eigenes Interesse wahrnahm, nämlich um dadurch zu seinen Spesen zu kommen, schließt die neg. gestio nicht aus; Sin=

tenis Civilr. Bd. II. S. 586. d. 2. Aufl., Wochenbl. f. Rechtsf. 1851. S. 369. [Vergl. A. D. H.=G.=B. Art. 380. 384. 387. jct. Art. 365—367.]

Zu 15) Zufolge l. 60. §. 2. D. 17. 1. wird gewöhnlich eine solidarische Haftung der Mehreren, welchen die Besorgung eines Geschäfts gemeinschaftlich aufgetragen worden, angenommen; Voet Comm. ad Pand. Lib. XVII. tit. 1. §. 8., Glück Thl. XV. §. 955. S. 304., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 485. S. 272., v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 319. (§. 254.), Thibaut System §. 519. Als Folge von der Untheilbarkeit des Geschäfts und gemeinsamen Verschuldens läßt sich dies nicht mißkennen, aber was Einer für sich allein gethan hat, dafür sollte nach allgemeinen Grundsätzen doch wohl nur dieser haften; Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 595. no. 6., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 287. III. Die Erben des Bevollmächtigten haften, insofern etwas von der Geschäftsführung in ihren Händen ist; wegen eines von ihrem Erblasser begangenen dolus aber haften sie in solidum, l. 12. D. 44. 7., Unterholzner a. a. O.

Ist die Beauftragung von Mehreren gemeinschaftlich ausgegangen, so findet wegen der Auslagen und der übernommenen Verpflichtungen eine ungetheilte Haftung statt, unbeschadet jedoch der exc. divisionis, wenn die übrigen Mandanten zahlungsfähig sind; Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XVII. tit. 1. §. 20., Glück Thl. XV. S. 317., Voet l. c. §. 10. Wegen der von ihnen veranlaßten Beschädigungen oder begangenen Versehen haften aber nur die, welche insbesondere schuldig sind; Unterholzner a. a. O. S. 597., Koch a. a. O. §. 288. III. Abweichend scheint jedoch Thibaut §. 520. der 8. Aufl. seines Systems, wo es heißt: „der Gewaltgeber, und zwar von mehreren jeder in der Regel in solidum, habe dem Bevollmächtigten wegen jedes geringsten Versehens verantwortlich zu werden;" nachdem er früher (§. 868. der 3ten Aufl.) gerade umgekehrt gelehrt hatte: „der Gewaltgeber ist verpflichtet, und zwar von mehreren jeder nur pro rata, dem Bevollmächtigten wegen jedes geringsten Versehens verantwortlich zu werden."

Zu 16) Schlechthin bejaht wird diese Frage in Cocceji J. C. Lib. XVII. tit. 1. qu. 6. Anders entscheidet Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. V. §. 36.: Si mandatarius fines mandati excesserit per imprudentiam, affirmatur, sin data opera, negatur. Glück Thl. XV. S. 258. befriedigt wohl nicht, wenn er unterscheidet, ob der Bevollmächtigte den Auftrag pünktlich vollzog, die Folge aber doch viel schädlicher ausfiel, als der Prinzipal Anfangs dachte, oder ob der Mandatar eine ganz

andere als die aufgetragene Handlung vollbrachte. Dagegen muß man erinnern: im Fall pünktlicher Vollziehung kann ja von einem Exceß nicht die Rede seyn, und der zweite von Glück aufgestellte Fall kann dem Mandatsverhältniß gar nicht subsumirt werden. Richtiger scheint folgende Unterscheidung: wenn mit dem Auftrag zu einer schändlichen Handlung zugleich gewisse Grenzen vorgeschrieben, diese aber nicht beobachtet worden sind, so waren entweder diese Grenzen leicht und unter allen Umständen zu beobachten, und es stand in der Gewalt des Beauftragten, sie genau einzuhalten, oder nicht. — Im ersten Fall kann der mandans den Exceß nicht vertreten, wenn der Mandatar ihn vorsätzlich, mithin dolos, beging; excedirte er aber aus Ungeschicklichkeit, so ist doch wohl der Urheber für das von ihm gewählte Werkzeug verantwortlich. Im anderen Fall aber, wenn nämlich die Beschaffenheit der aufgetragenen schändlichen Handlung von einer solchen Art war, welche an sich selbst eine genaue Einhaltung der vorgezeichneten Grenzen des Auftrags nicht verträgt, so kann auch der Grenzbestimmung bei einem solchen Auftrag eine rechtliche Wirkung nicht beigelegt, mithin die Verantwortlichkeit des Auftragsertheilers nicht beseitigt werden; vgl. Linck de mandato rei turpis. Cap. II. i. f., Püttmann Progr. de excessu ejus, cui aut verberatio aut vulneratio alicujus mandata est, mandanti non imputando, in Opusc. jur. crim. no. I. Ein Beispiel eines mandati turpis s. l. 12. §. 11. D. 17. 1. Immer wird dessen wissentliche Ertheilung vorausgesetzt.

Zu 17) Der Auftrag zum Verkauf involvirt nicht die Befugniß, anders, als gegen Zahlung, zu tradiren, mithin nicht die Freiheit zu creditiren; Madihn Miscellen no. XI. S. 57. Daß ein Commissionär das Kaufgeld für die ihm zum Verkauf in Commission gegebene Waare einzuziehen berechtigt sey, kann deswegen nicht wohl bezweifelt werden, weil er wie ein institor zu betrachten ist, der institor aber allerdings diese Befugniß und Obliegenheit hat; l. 11. D. 14. 3., Stryck Us. mod. Lib. XIV. tit. 1. §. 9., Mevii Decis. P. V. dec. 174., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XIV. tit. 3. §. 12., Hamburg. Archiv f. d. Handelsr. Bd. II. S. 589. Man möchte zwar dagegen einwenden, daß nach l. 1. §. 12. D. 14. 1. genau in Acht zu nehmen sey, wie weit die lex praepositionis gehe, daher demjenigen, welcher nur zur Vermiethung der Sache beauftragt war, nicht die Miethgelder giltig bezahlt werden können, ferner l. 86. D. 46. 3. auch die Zahlungen an den Anwalt nicht als giltig erkennt. Allein die l. 1. §. 12. cit. spricht nur von getrennten Geschäften, und wo in der Handlung kein wesentlicher Zusammenhang ist, kann auch dieses und

jenes nicht im Auftrag mit einander vermischt werden. Es ist daher ein bedeutsamer Unterschied, daß Miethgelder erst nach geendigter Miethzeit bezahlt werden, dagegen Kauf und Zahlung regelmäßig actus correspectivi sind, Tradition und Empfang des Kaufgelds sich gegenseitig bedingen. Der Auftrag, eine Sache des Andern zu verkaufen, involvirt von selbst auch, sie dem Käufer zu tradiren, was doch nicht anders als gegen Zahlung geschehen soll. Hieraus folgt, daß, wer eine Sache zu verkaufen Vollmacht hat, auch zur Einziehung des Kaufgelds berechtigt ist; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. Med. 254. Anders ist es beim Anwalt, indem sein officium dem Begriff nach nichts anderes als das litigium in sich faßt, womit die Einnahme eingeklagter Gelder durchaus nicht in nothwendiger Verbindung steht; Gebr. Overbeck a. a. O. Beim Commissionsgeschäft kommt auch häufig in Frage: Kann der Commissionär zum Einkauf von Waaren solche auch von seinem eigenen Lager abgeben, oder der Commissionär zum Verkauf die Waaren zum gegebenen limito selbst übernehmen? Man möchte Beides wohl bejahen, wenn der Zweck und Vortheil des Committenten dabei in gleicher Weise erreicht wird, Mittermaier D. Privatr. Bd. II. §. 551., Lauterbach Comp. jur. XIX. 3. lit. c., Riccius Exerc. camb. XI. Sect. II. pag. 24., Bad. Handelsr. Art. 92. aa., Maurenbrecher D. Privatr. §. 353.; allein zweifelhaft bleibt dies doch immer, daher der Code civil Art. 1596. es dem Commissionär verbietet, womit nach Mittermaier a. a. O. auch die Gesetze von England und Amerika übereinstimmen; s. auch Pöhls Handelsr. Bd. I. S. 252. u. 262. [A. D. H.-G.-B. Art. 376.]

Zu 18) Alles, was mit dem Auftrag in genauer Verbindung steht und als Mittel zum Zweck sich verhält, muß als innerhalb der Grenzen des Mandats liegend angesehen werden; l. 56. l. 62. D. 3. 3., Glück Bd. XV. §. 954. S. 278. Wenn nun ein Handlungsreisender von seinem Prinzipale den Auftrag hat, Waaren auszubieten und zu verkaufen, sowie die Preise derselben zu bestimmen und das erlöste Geld in Empfang zu nehmen, überhaupt Alles zu thun, was zum Vortheil des Prinzipals gereicht, so erscheint er als procurator universalis, Glück Thl. V. S. 42., und man wird wenigstens dann den von ihm geschlossenen Vergleich*) als den Prinzipal verbindend betrachten

*) Vorausgesetzt, daß dieser in einem vom Handlungsreisenden in Ansehung eines in seiner Anstellung begriffenen und von ihm vollzogenen Geschäfts von ihm eingegangen ist. Ein früher von seinem Prinzipale erworbenes Forderungsrecht dem Handlungsfreund unter der Bedingung, daß dieser die

dürfen, wenn er aus guten Gründen durch Vermeidung gefährlicher Processe das Beste seines Prinzipals zu befördern gedenkt, besonders wenn es kleinere Differenzen betrifft, und die Umstände geeignet sind, eine negotiorum gestio zu rechtfertigen, dagegen Zögerung nachtheilige Folgen befürchten ließ; v. Hartitzsch Entscheid. no. 344. Nur in belangreicheren und überhaupt in solchen Gegenständen, bei deren Erledigung nicht Gefahr auf dem Verzug haftet, möchte es bei der Regel bleiben, daß zu Vergleichen eine Specialvollmacht erfordert wird. Nach diesen Grundsätzen wurde auch entschieden in Leyser Med. Sp. 178. med. 2. Außerdem dürfte auch nicht geradezu erfordert werden, daß derjenige, welcher mit einem Commis Voyageur sich in Geschäfte einläßt, sich in den Besitz seiner Vollmacht setze, sondern genügen, daß ihm derselbe als solcher von dem Handlungshaus, welches er repräsentirt, als in der fraglichen Eigenschaft angezeigt sey. Doch scheinen die Ansichten der Gerichte hierüber verschieden zu seyn; Seuffert's Archiv Bd. I. No. 339. u. Bd. V. No. 130. [und Bd. XII. No. 269. Ueber die Grenze der Vollmacht desjenigen, welcher im Auftrage eines Anderen mit dessen Waaren Jahrmärkte oder Messen bezieht, s. Seuffert's Archiv Bd. XII. No. 237. Vergl. auch unten §. 276. zu Fr. 1. i. d. Anm.]

Zu 19) Ob auch die actio contraria den Beklagten, d. i. den Mandanten infamire, wird von Manchen deswegen bezweifelt, weil nach §. 2. J. 4. 16. die Regel ist, daß nur die actio directa die Infamie des Verurtheilten zur Folge hat, und beim Mandat insonderheit Ulpian. in l. 6. §. ult. D. 3. 2. sagt: contrario judicio damnatus non erit infamis, cf. Collat. X. c. 2. §. 4., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. S. 167. (§. 94.), Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 73. S. 168., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 588. Dies ist aber nur so zu verstehen: die act. contraria infamirt nicht, wofern sie sich nicht auf eine arglistige Handlung des Gewaltgebers gründet. Dolus infamirt auch den Mandanten, auch behauptet Ulpian selbst ganz kurz zuvor l. 6. §. 5. D. 3. 2. ausdrücklich, daß der Mandant wegen einer Treulosigkeit mit der Strafe der Ehrlosigkeit belegt werde; Glück Thl. V. S. 195. Thl. XV. S. 317., Voet Comm. ad Pand. Lib. III. tit. II. §. 2. Uebrigens ist es gegen die Meinung des Cocceji J. C. Lib. III. tit. 2. qu. 4., daß schon culpa ihn infamire,*)

Geschäftsverbindung mit dem Prinzipal fortsetze, zu erlassen, ist der Commis voyageur nicht befugt; Strippelmann Samml. bemerkensw. Entsch. d. O.-A.-Ger. zu Cassel Th. I. no. 45.

*) Auch Schilling Lehrb. für Institt. Bd. III. §. 321. Anm. v. und

vielmehr sehr allgemein anerkannt, daß die Infamie nur Strafe des dolus sey, Emminghaus ad Cocceji T. I. pag. 291., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 322., Höpfner Instit. §. 926., und daß heutzutage nicht mehr von einer römischen Infamie, sondern nur von der deutschen Ehrlosigkeit die Rede seyn könne, welche nicht in gänzlichem Verlust, sondern nur in Verminderung der gemeinen bürgerlichen Ehre besteht.

Zu 20) Daß der Bevollmächtigte dazu befugt sey, wird mit Ausnahme der Proceßführung l. 8. §. 3. D. 17. 1. und der Abschließung eines Ehecontracts l. 9. de procur. in VIto (1. 19.)*) gewöhnlich als Regel angenommen; l. 8. §. 3. D. 17. 1. — l. 2. §. 1. D. 11. 6., arg. §. 11. J. 3. 26., Cocceji l. c. Lib. XVII. tit. I. qu. 3. u. 4., Voet Comm. ad Pand. Lib. XVII. tit. 1. §. 5. Nach Andern sollen überhaupt besonders wichtige Geschäfte eine Ausnahme machen, Glück Thl. XIV. S. 259., und wieder Andere lassen die Substitutionsbefugniß überhaupt zu, wenn sie nicht vom Mandanten untersagt ist, Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 595.; wogegen sie gänzlich verneint Emminghaus ad Cocceji l. c. qu. 3. not. h., welcher jedoch von Thibaut Versuche Bd. II. no. VI., wo vielmehr die vorerwähnte alte Regel wieder vindicirt wird, als widerlegt betrachtet werden dürfte, womit auch Spangenberg in Hagemann's prakt. Erörter. Bd. VIII. Abth. 2. no. 15. übereinstimmt. Die Haftung des Mandatars für seinen Substituten ist hiernach verschieden, denn wo jenem das Substituiren erlaubt ist, haftet er nur für ein grobes oder mäßiges Versehen in der Auswahl, oder in der Verfolgung seines Substituten, l. 21. §. 3. D. 3. 5. — l. 2. §. 1. D. 11. 6. — l. 8. §. 3. D. 17. 1., wo es ihm aber nicht zusteht, haftet er für die Handlungen des Substituten wie für seine eigenen; Buchner Versuch einer Theorie des Vollmachtsvertrags nach R. R. §. 77. — Aus einer ohne des Gewaltgebers ausdrückliche Erlaubniß unternommenen Substitution entsteht übrigens nur zwischen dem Bevollmächtigten und seinem Substituten obligatio ex mandato, zwischen diesem hingegen und dem Gewaltgeber nur obligatio negotiorum gestorum; l. 28. D. 3. 5., Buchner a. a. O. §. 77., Glück Thl. XV. S. 261.

Zusatz 2. zum §. 260. nimmt keinen Unterschied zwischen dolus und culpa hierbei an.

*) Auch der Vertreter (actor) einer Stadt kann ein öffentliches Geschäft nicht durch einen Geschäftsbesorger verhandeln; l. 74. D. 3 3.

§. 274.

b) Vom Verhältniß Dritten gegenüber.

1) Inwiefern ist der Mandatar persönlich gegen den verpflichtet, mit welchem er im Namen eines Andern contrahirte? Ist er auch aus solchem Vertrag gegen den andern Contrahenten zu klagen berechtigt? Steht auch dem Mandanten eine directe oder nützliche Klage gegen den andern Contrahenten aus solchem Geschäft zu?

2) Kann der nicht genannte Mandant daraus klagen, wenn der Mandatar für einen Ungenannten contrahirt hat?

3) Kann der mandans oder praeponens aus dem Vertrag des Mandatars oder Institors mit einem Dritten belangt werden, wenn der Mandatar oder Institor zwar nicht in dieser Qualität contrahirt hat, der Dritte aber nachher erfährt, daß Jener nicht für sich, sondern im Auftrag eines Andern contrahirt hat?

4) Inwieweit kann ein Mandat durch Widerruf aufgehoben werden?

Zu 1) Nach römischen Rechtsgrundsätzen ist auch dann, wenn der Mandatar ausdrücklich im Namen eines Andern contrahirt,*) doch zwischen dem Mandatar selbst, und dem Dritten, mit welchem er contrahirt, ein Rechtsverhältniß, mithin auch eine Klagbarkeit begründet, so jedoch, daß der Mandatar denjenigen, mit welchem er contrahirte, an den Machtgeber insofern verweisen kann, als der andere Contrahent wußte, daß Jener nicht für sich, sondern für einen Andern handle, und er als Mandatar auch wirklich in den Grenzen seines Auftrags gehandelt hat, denn nur insoweit konnte er dem Mandanten Verpflichtungen auflegen; §. 8. J. 3. 27. u. l. 5. pr. D. 17. 1. Qui excessit (fines mandati), aliud quid facere videtur. Dies war eine nothwendige Folge der römischen Rechtsansichten, nach welchen eine Stellvertretung freier Personen in Obligationsverhältnissen nicht für zulässig erachtet wurde, mithin nur in eigener Person von dem Con=

---

*) Contrahirt er auf seinen eigenen Namen, so versteht es sich von selbst, daß nur er verpflichtet und berechtigt wird, selbst wenn ihn die Sache nichts anging, und der Mitcontrahent dieses wußte, denn er wollte sich wahrscheinlich mit dem Andern nicht einlassen; Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 289.

tractschließenden gehandelt werden konnte, und dieser daher unmittelbar verpflichtet wurde, unangesehen, ob er noch Gelder vom Prinzipal in Händen hatte, und noch zur Zeit wirklich Institor war, oder nicht. Nachdem sich aber h. z. T. jene römischen Begriffe ganz umgeändert haben, muß man soviel zugestehen, daß, wenn der Institor im Namen des Prinzipals contrahirt, und dabei die Grenzen seiner Vollmacht nicht überschritten hat, er nicht selbst obligirt wird, sondern nur gegen den Prinzipal Klage erhoben werden kann; s. v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 661., Sintenis pr. Civilr. Bd. II. §. 102. Anm. 15., Ruhstrat im civil. Archiv Bd. XXX. S. 340., cf. l. 20. D. 14. 3., Buchka Lehre v. d. Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen §. 21. [A. D. H.=G.=B. Art. 52.] Da nun aber der andere Contrahent wegen solcher zu gewärtigenden Verweisung an den Autor, welche der Einrede des unrecht gewählten Beklagten oder der nominatio autoris zu vergleichen ist, einen lästigen Umweg machen würde, wenn er nicht lieber sogleich den Mandanten zur contractmäßigen Leistung auffordern würde, so wird er nur dann sich zur Klage gegen den Mandatar veranlaßt finden, wenn der Mandant das Mandat entweder ganz oder in dem behaupteten Umfang leugnet. Dann liegt aber dem verklagten Mandatar, um von der Klage absolvirt zu werden, der Beweis ob, in den Grenzen der offenbar*) gewordenen Vollmacht gehandelt zu haben; v. Bülow Abhandl. Th. I. S. 322. Unbedingt ist der Mandatar auch dann, wenn er in den Grenzen des Mandats gehandelt hat, auf die Klage des andern Contrahenten sich einzulassen schuldig, insoweit er von seinem Mandanten Vermögen in Händen hat; l. 67. D. 3. 3. — cf. l. 20. D. 14. 3., Hertius D. de obligatione mandantis et mandatarii contemplatu tertii §. 20. in Opusc. Vol. I. T. III. pag. 155., Glück Thl. XV. S. 330., Madihn Miscellen Bd. I. no. 7. S. 44. Desgleichen ist, wenn er eine unerlaubte Handlung begangen, der Mandatar ebenso daraus verpflichtet, wie der, welcher den Auftrag dazu gegeben hat; l. 11. §. 3. D. 47. 10., Thibaut System §. 525. (Ed. 8.)

Umgekehrt kann der Mandant nach neuerem Recht unbedingt gegen denjenigen, mit welchem sein Mandatar in seinem Namen con=

*) Beschränkungen des Bevollmächtigten durch geheime Instructionen können natürlich dem Mandanten keinen Grund gewähren, sich den Ansprüchen zu entziehen, welche aus der Handlung des Mandatars Dem, welcher auf die offene Vollmacht hin mit demselben contrahirte, erwachsen sind; Leyser Sp. 178. med. 5., Glück Thl. XV. S. 328., Rivinus D. de mandato procuratoris secreto. §. 20—22.

trahirte, aus solchem Contract klagen, ohne erst einer Cession der Klage zu bedürfen, l. 68. D. 3. 3. — l. 13. §. 25. D. 19. 1., Glück Thl. XV. S. 326.*), sowie auch der Mandatar gegen den Andern aus dem mit ihm für seinen Mandanten geschlossenen Contract klagen kann, soweit seine Vollmacht reicht. [Bluntschli Deutsch. Privatr. §. 136., Arndts Pand. §. 248. u. A. D. H.=G.=B. Art. 52.]

Zu 2) Mit Sicherheit läßt sich wohl nur dann behaupten, daß der ungenannte Mandant gegen den Dritten klagen könne, wenn er sich von dem Mandatar, welcher, ohne ihn zu nennen, für ihn contrahirte, actiones cediren läßt; Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 289. Zur Beleuchtung verschiedener Ansichten mögen folgende Beispiele dienen. A. gab dem Stallmeister B. den Auftrag, für ihn in der Messe ein Paar Kutschpferde zu kaufen. B. kaufte sie wirklich vom C., allein B. starb plötzlich in der Nacht; A. findet, als er bei dem B. ankommt, Alles in Verwirrung, und nur ein Stallknecht kann ihm die Nachricht geben, daß die Pferde bei dem C. gekauft seyen. Allein C., welcher von dem Tod des B. schon Nachricht erhalten hatte, und den Kauf zu halten gar nicht geneigt war, weil sich der Preis der Pferde durch die Ankunft Oesterreichischer Cavallerie=Offiziere um 50 pr. Ct. gesteigert hatte, will sich mit dem A. durchaus nicht einlassen, und wendet ein: te non novi. Madihn Miscellen Bd. I. S. 49. referirt die nach hergestelltem Beweis des Kaufabschlusses und des zum Grund gelegenen Auftrags erfolgte Entscheidung**) dahin: daß der Pferdehändler verurtheilt worden sey, dem A. die Pferde auszuliefern, weil einerseits es demselben einerlei seyn konnte, ob er von Diesem oder Jenem das Kaufgeld erhielte, anderntheils in allen Fällen, wo zur bloßen Formalität nach älterem römischen Recht eine Cession erfordert wurde, nach Antonins Verordnung in l. 16. D. de pactis (2. 14.), welche solchen Falles actionem utilem zuläßt, der Machtgeber sogleich ohne alle Cession klagen könne; l. 68. D. 3. 3. — Einen anderen interessanten Fall erzählt Heise im Hamburg.

*) Abweichend hiervon ist das Sächsische Recht, insofern nach der Erl. Proc.=Ordn. zu Tit. VII. §. 1. ein Commissionär rücksichtlich des von ihm vorgenommenen Geschäfts für Rechnung seines Machtgebers nicht ohne dessen besondere Vollmacht klagen kann, und auch nicht zur Eidesleistung, sofern es nicht seine eigenen Handlungen betrifft, zugelassen, sondern vielmehr vom Prinzipalen der Eid geleistet werden soll; v. Hartitzsch Entscheid. no. 92.

**) Nach römischem Recht wäre zwar der Grundsatz im Weg gestanden, daß man nicht durch eine freie Person, sondern nur durch eine solche, welche in unserer Gewalt steht, sich etwas erwerben könne, welcher aber im neueren Recht nicht mehr gilt; Weber v. d. natürl. Verbindl. S. 369 rc.

Archiv f. d. Handelsr. Bd. II. S. 226. Schlingemann in Hamburg erhielt von einem Lübecker Spediteur Leuenroth den Auftrag, 2 Fässer Nadeln und eine Kiste Gewehre bei der dortigen Assecuranzgesellschaft versichern zu lassen. Schlingemann führte den Auftrag auf seinen eigenen Namen aus, und ließ in die Police, in deren Besitz er sofort blieb, die Bemerkung einrücken: „für Rechnung wen es angeht." Schiff und Ladung gingen zu Grunde, und der Lübecker Spediteur fallirte bald darauf. Später wurde Schlingemann von Ruppel & Comp. in Memel auf Edition und demnächst zu bewerkstelligende Auslieferung und Cedirung der ihnen zur Erlangung der Assecuranzsumme nothwendigen Police belangt. Beklagter verweigerte die Einlassung, indem den Klägern, mit welchen er überall in keinem Contractsverhältniß stehe, und die er gar nicht kenne, jeder Klaggrund fehle. Er brauche blos dem Leuenroth Rede zu stehen, und werde dann sein Recht auf die Police, da er an dessen Masse bedeutende Forderungen habe, schon zu vertheidigen wissen. Die Kläger replicirten vorzüglich, daß Beklagter gewußt habe, daß Leuenroth nicht Eigenthümer der Waare, sondern nur Spediteur sey, er habe also als negotiorum gestor des wahren Eigenthümers, möge er dessen Namen gekannt haben, oder nicht, gehandelt. Auch habe ihm Leuenroth nicht aufgegeben, die Versicherung in seinem (Leuenroths) Namen zu schließen, die Police laute: für Rechnung wen es angeht. Wenn auch Beklagter eine Forderung an Leuenroth habe, so könne er doch mit einer Forderung an den Mandatar nicht gegen den Mandanten compensiren. — Heise ist nun zwar des Dafürhaltens, daß nicht nur der vom Mandatar benannte Auftraggeber, — von welchem dies die Gesetze allerdings sagen — sondern auch der ungenannte Mandant — von welchem dies in den Gesetzen nirgend gesagt ist — ein Klagrecht, wenigstens act. utilem gegen den andern Contrahenten habe, und baut darauf das Urtheil: die Kläger hätten zum Beweis zugelassen werden müssen, daß Leuenroth wirklich in ihrem Auftrag die Versicherung habe bewirken lassen. Allein die Gerichte beider Instanzen urtheilten — und wohl mit Recht — anders, nämlich dahin: zwischen den Klägern und dem Beklagten walte überall kein nexus obligatorius ob, und auch gänzlich abgesehen von allen übrigen Retentionsgründen dürften die Beklagten nicht einmal ohne ausdrückliche Genehmigung der gesetzlichen Repräsentanten des falliten Lübecker Hauses die Police ausliefern.*) Der Meinung, daß der Auftraggeber regelmäßig die von

*) Von den Fällen, da Jemand etwas kauft, aber auf den Namen eines Andern schreiben läßt, s. l. 5. 6. 9. C. 4. 50. — cf. l. 34. D. 50. 17. Kauft

seinem Beauftragten für ihn, aber ohne ihn zu erwähnen, geschlossenen Verträge ohne Cession act. utili soll geltend machen können, stehen nicht nur theoretische Bedenken entgegen, insbesondere gesteht l. 49. §. 2. D. 41. 2. dem Mandanten ein nicht cedirtes Klagrecht nur im Nothfalle zu, si rem suam aliter servare non potest, Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XXI. S. 273., sondern sie wird auch, wenn sie in solcher Allgemeinheit aufgestellt wird, wonach man Jemanden, den man gar nicht kennt, und mit dem man sich wissentlich gar nicht eingelassen hätte, verpflichtet werden soll, als mit dem Interesse des Handelsverkehrs unvereinbarlich, von Handelsgerichten schwerlich adoptirt werden.

Zu 3) In einem solchen Fall ist wohl nur die actio de in rem verso gegen denjenigen, für dessen Interesse (aber in dessen Namen nicht) contrahirt worden ist, denkbar. Außerdem bleibt es bei der Regel: alter ex alterius contractu non obligatur. Denn wenngleich dieser Grundsatz im neueren Recht dadurch gemäßigt worden ist, daß man die institorische Klage auf das Mandatsverhältniß übergetragen und dafür eine act. institoria utilis gegeben hat, so setzt diese doch nothwendig voraus, daß man wissentlich mit dem Prinzipal in der Person des Vertreters contrahirt habe. Dies konnte zwar, wie auch in l. 13. pr. D. 14. 3. angenommen ist, ehehin der Fall seyn, wenn man mit einem Sclaven contrahirte, denn dieser konnte ja nur für seinen Herrn contrahiren, h. z. T. aber ist der Contract mit einem Dritten nicht möglich, wenn dieser nicht durch die Mittelsperson als Contrahent declarirt ist. Die l. 13. §. 25. D. 19. 1. kann dagegen wohl keinen gegründeten Zweifel erregen. Es wird da die Frage aufgeworfen: si procurator vendiderit et caverit emtori, quaeritur, an domino vel adversus dominum actio dari debeat? Darauf wird geantwortet: et Papinianus putat, cum domino agi posse actione utili ad exemplum actionis institoriae, si modo rem vendendam mandavit; ergo et per contrarium dicendum est, utilem ex emto actionem domino competere. Es liegt hier schon in dem Wort procurator, daß derselbe nicht proprio nomine, sondern für den Eigenthümer der verkauften Sache aufgetreten sey, für welchen er ja auch cavirt hat, es kam also nur noch darauf an, ob er wirklich zum Verkauf bevollmächtigt war; Gensler im civil. Archiv Bd. I. S. 393. no. 26., v. Hartitzsch Entscheid. no. 267. Nicht entgegen ist Glück Thl. XV. S. 326.

---

oder pachtet Jemand für einen Ungenannten, so bleibt er doch das wahre Subject des Rechts resp. der Verbindlichkeit; Voet Comm. ad Pand. Lib. XVIII. tit. 1. §. 8.

Zu 4) Daß der Mandant den gegebenen Auftrag selbstbeliebig zurücknehmen oder widerrufen, und daß der Mandatar nach Willkür das übernommene Mandat aufkünden könne, darüber ereifert sich zwar Gesterding in Linde's Zeitschr. Bd. XV. S. 1. gar sehr, und meint besonders in Ansehung des letzteren Punkts,*) es sey nicht begreiflich, wie man von einer obligatio sprechen könne, wenn der Verpflichtete sich willkürlich von derselben lossagen kann. Allein der Grundsatz ist doch nicht minder in der Natur der Sache als in den Gesetzen gegründet, und mag umsoweniger auffallen, als bei dem Gesellschaftsvertrag dasselbe vorkommt, und selbst bei Verträgen unwiderruflicher Art durch einen Nebenvertrag (pactum displicentiae) bewirkt werden kann. Der Mandatar ist in der Freiheit, sich von dem übernommenen Auftrag zurückzuziehen, nur insofern beschränkt, als er das Mandat aufkünden, und zwar, um nicht in eine Entschädigungsverbindlichkeit gegen den mandans zu verfallen, zu solcher Zeit aufkünden muß, welche dem Geschäftsherrn noch freien Spielraum läßt, entweder selbst sich den Geschäften zu unterziehen, oder sie einem Andern in die Hände zu legen. Aber auch gegen unterlassene rechtzeitige Aufkündigung findet noch Entschuldigung statt, l. 23—25. D. 17. 1., namentlich Krankheit und ausgebrochene Todfeindschaft, mit welcher dieser contractus amicorum von selbst aufhört, et si ob aliam justam causam excusationes alleget, audiendus est. Außerdem kann eine verspätete Aufkündigung nicht verhindern, daß der Auftrag als noch bestehend und verbindend erachtet werde, Gesterding a. a. O. Auch die Freiheit des Mandanten, seinen Auftrag zurückzunehmen, was auch stillschweigend geschehen kann, indem er entweder das Geschäft selbst besorgt, oder einen Andern dazu beauftragt, l. 31. §. 2. D. 3. 3. — l. 41. D. 12. 1. — l. 3. C. 4. 35. — cap. penult. X. 1. 38. ist dahin eingeschränkt, daß dadurch dem Mandatar kein Nachtheil aus dem, was er bereits in Gemäßheit des übernommenen Auftrags gethan hat, erwachsen dürfe, vielmehr der Mandant ihm diesen abzunehmen schuldig ist; l. 27. §. 3. D. 17. 1. Dies kann nun auf

*) Ueber diesen wird die gemeine Meinung, welche sich auf §. 11. J. 3. 26. — l. 22. §. 11. D. 17. 1. stützt, auch von Schilling Lehrb. Bd. III. S. 573. angegriffen, allein die von ihm dagegen angeführten l. 27. §. 2. D. 17. 1. deserere promissum officium non debet und l. 17. §. 3. D. 13. 6. voluntatis est — suscipere mandatum, necessitatis consummare sprechen blos die Pflicht des Mandatars *durante mandato* aus, und auch der weiter angeführte Theophilus III. 26. §. 11. bedingt nur eine tempestive Aufkündigung.

verschiedene Weise eintreten: a) wenn der Mandatar schon soviel Zeit und Kosten auf das Geschäft gewendet hat, daß es ohne Schaden nicht unvollendet bleiben kann, l. 15. D. 17. 1. — b) wenn der Mandatar verbindliche Geschäfte eingegangen ist, nachdem der Mandant zwar das Mandat widerrufen hat, dieser Widerruf aber noch nicht zur Kenntniß des Mandatars gelangt ist. In Ansehung des letzteren Falles*) stößt man indessen wieder auf die schon berührte Verschiedenheit der Meinungen hinsichtlich der aus einem solchen in Unkenntniß der erfolgten Endigung des Mandats vom Mandanten gepflogenen Geschäft entstehenden Verbindlichkeit, insbesondere über die Frage, ob aus demselben dem Dritten noch Rechte erwachsen können? — Zwar darüber, daß dem Dritten dieser Widerruf keinen offenbar unverschuldeten Nachtheil bringen dürfe, daß er z. B. durch seine an den Mandatar nach dem ihm noch unbekannt gebliebenen Widerruf geleisteten Zahlungen allerdings liberirt ist, kann man bei klarem Ausspruch der Gesetze nicht zweifeln, l. 17. D. 1. 18. — l. 15. l. 26. §. 1. D. 17. 1. — §. 10. J. 3. 26. — l. 12. §. 2. l. 34. §. 3. D. 46. 3. — Auch wird man vergeblich leugnen, daß solche nach dem Widerruf, aber vor dem Bekanntwerden desselben vom Mandatar vorgenommene Handlungen als giltig angesehen werden müssen, welche juristisch nothwendige Folgen schon bestehender Rechtsgeschäfte sind, z. B. Tradition schon veräußerter Sachen, l. 33. D. 41. 2., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 487., aber im Allgemeinen wird doch von Vielen behauptet, daß das Geschäft im Fall des noch vor Vollziehung desselben erfolgten, obwohl dem Mandatar unbekannt gebliebenen Widerrufs ungiltig sey, insofern es nicht blos auf Abwendung eines Nachtheils, sondern auf einen Vortheil abgesehen ist, welchen ein Dritter daraus zu ziehen sucht; Glück Thl. XV. S. 357. und die dort angeführten Schriftsteller, insbesondere Westphal a. a. O. §. 10—16. Allerdings scheinen einige Gesetzstellen diese Meinung sehr zu rechtfertigen,**) aber indem sie sich durchaus auf den Grund-

*) Vergl. Rechtsfälle aus dem Gebiete des Handelsrechts und deren Entscheidungen durch das Hamburgische Handelsgericht Thl. II. S. 83. über die Verpflichtung des Mandanten zur Schadloshaltung des Mandatars für die partielle Vollziehung eines später widerrufenen Auftrags. — F. Ch. Westphal zusammengebrachte rechtl. Abhandl. 1ste Samml. Abh. 5. von der Giltigkeit einer Handlung, die ein Anwalt in Vollmacht verrichtet, da der Mandant die Vollmacht schon vorher widerrufen hatte, wovon jedoch der Anwalt keine Wissenschaft erhalten.

**) Vorzüglich l. 4. pr. D. 40. 2. — l. 41. D. 12. 1. — cap. 9. de procurat. in VIto. Andere Gesetzstellen, welche auch für diese Meinung an-

satz reduciren lassen, daß bei Handlungen, welche sich über eine Zeitfolge erstrecken (actus continui), dem vor dem Bekanntwerden des Widerrufs stattgehabten Beginn keine weitere Folge zu geben sey, dürfte man geneigter seyn, denjenigen Rechtsgelehrten beizustimmen, welche in den für die andere Meinung vorhin citirten Gesetzen blos Ausnahmsfälle bezeichnet erachten, im Allgemeinen aber den Grundsatz festhalten, daß nach §. 9. J. 3. 26. der Widerruf nie weiter wirken könne, als noch res integra ist, mithin das Geschehene allemal*) von dem widerrufenden Mandanten anzuerkennen sey, es sey nun dem Mandatar oder demjenigen gegenüber, der mit dem Mandatar Handlung gepflogen hat; Struv. Ex. 22. §. 17., Stryck Us. mod. Lib. XVII. tit. 1. §. 7., Leyser Sp. 180. med. 4., Walch controv. jur. civ. pag. 654. §. 4., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. no. 215. S. 110. Während man zugesteht, daß der Mandant seinem Mandatar aus allen von diesem vor erhaltenem Widerruf gepflogenen Handlungen obligirt sey, läßt sich die gleiche Wirkung in Beziehung auf den Dritten wohl nicht ablehnen, denn nach den römischen Rechtsbegriffen kommt dieser in gar kein Rechtsverhältniß mit dem Mandanten, l. 8. §. 5. l. 15. l. 43. l. 45. pr. §. 5. D. 17. 1., sondern hat es blos mit dem Mandatar zu thun, durch welchen der Mandant indirect genöthigt wird, die Handlungen aufrecht zu erhalten, oder, was in der Wirkung einerlei ist, volle Entschädigung zu leisten. In §. 9. J. 3. 26. ist bestimmt ausgesprochen, mandatum contractum, si, *dum adhuc integra res sit*, revocatum fuerit, evanescit; Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 593. Anm. f. bemerkt hierbei:

geführt werden, wie l. 25. §. 14. D. 29. 2. — l. 7. D. 24. 2. scheinen weniger beweisend. In ersterer ist von Antretung einer Erbschaft die Rede, welche ja freier Willensänderung unterliegt, ohne daß Jemandem ein Nachtheil widerfährt, was auch in dem Falle der l. 7. cit. augenfällig ist. Von manchen Rechtsgelehrten wird auch übersehen, daß zwischen der Endigung des Mandats durch des Mandanten Tod und durch dessen Widerruf ein erheblicher Unterschied obwaltet.

*) Folglich auch das, was in der Zwischenzeit, vom schriftlichen Widerruf bis zum Empfang desselben von Seite des entfernten Mandatars geschehen ist. Hier kommt ja nicht die bloße Willensbestimmung, sondern nur die Willenserklärung in Betracht, erklärt ist aber der Wille nicht, so lange sich die Worte oder Buchstaben unterwegs befinden. Sowenig das Mandat erlischt, wenn der Mandant den Widerruf blos denkt, ebensowenig erlischt es, bevor seine Worte oder andere Zeichen des Willens an die Adresse gelangt sind. Gedanken sind verba interna, und Worte, welche Niemand gehört hat, oder doch derjenige nicht hören konnte, an den sie gerichtet sind, den Gedanken gleichzuachten.

„wenn hier verlangt wird, daß res integra sey, so ist dies nicht auf die Verpflichtung des Beauftragten, die jedenfalls durch die Zurücknahme aufhört, sondern auf die Gegenverpflichtung zu beziehen." Diese Bestimmung hängt sichtlich mit dem in l. 75. D. 50. 17. ausgesprochenen Princip zusammen: nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam. Ganz ausdrücklich sagt dies l. 15. D. 17. 1. Si mandem tibi, ut fundum emeres, postea scripsissem, ne emeres, tu, antequam scias, me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero, ne damno afficiatur is, qui suscipit mandatum. Von Amtshalber gepflogenen Handlungen sagt dasselbe l. 17. D. 1. 18. Dahin führt uns auch die bedeutsame Unterscheidung in l. 58. pr. D. 17. 1. mandatum morte mandatoris finitur, non mandati actio.

---

§. 275.

c) Rath und Empfehlung.

1) Entstehen aus einem mandatum in gratiam mandatarii oder auch aus einem Rath rechtliche Verbindlichkeiten für denjenigen, welcher den Auftrag oder den Rath gibt?
2) Sind insbesondere unter Kaufleuten nur dolose Empfehlungen mit Verantwortlichkeit verbunden?
3) Hat derjenige, welcher aus der Empfehlung eines zahlungsunfähig erfundenen Schuldners belangt wird, die exc. excussionis nöthig?
4) Wenn eine kaufmännische Empfehlung in einer die Selbsthaftung versichernden Weise*) ertheilt wird (mandatum

*) S. das Hamburgische Archiv f. d. Handelsr. Bd. I. S. 234. Z. B. der Empfehlende sagt: „ich bin dafür, daß du das Geld wieder bekommst;" oder: „ehe du verlieren sollst, will ich selber verlieren;" Wernher Obs. for. P. I. obs. I. hat folgenden Fall: der Beklagte hatte dem Kläger geschrieben: er möchte seinem Schwiegersohn aufs Neue eine Summe creditiren, die Zahlung solle gewiß erfolgen, er hoffe, er werde es umsomehr thun, weil der Schwiegersohn ein junger Anfänger, Beklagter aber ein angesessener Mann sey. Dies wurde von der Wittenberger Facultät als verbindend angesehen. Donell. Comment. Lib. XIII. c. 10. hält den Ausdruck: „was du ihm anvertraust, wird mir so lieb seyn, als hättest du es mir erwiesen" für verbindend. Damit stimmt überein Trummer im cit. Archiv f. d. Handelsr. Bd. I. S. 326. —

qualificatum), verpflichtet sie dann auch noch, nachdem seit derselben längere Zeit verflossen ist?

5) Hat derjenige, welchem ein Creditbrief gegeben ist, ein Klagrecht gegen den Aussteller, wenn derselbe nicht honorirt wurde?

Zu 1) Diese Lehre*) ist dadurch, daß man das s. g. mandatum tua gratia und den Rath (consilium) als einerlei betrachtete, Heimbach im Rechtslex. Bd. IX. S. 451. in Verwirrung gerathen, welche wohl nur dadurch aufgelöst werden kann, daß man beide Begriffe wieder trennt, da doch die Gesetze einen Unterschied anerkennen. Während l. 47. D. 50. 17. bestimmt sagt, daß ein Rath nicht verbinde, wenn er nicht betrügerisch gegeben ist, und ebenso l. 2. §. 6. D. 17. 1. (welche ziemlich wörtlich in die Institutionen übergegangen ist, §. 6. J. 3. 26. verb. magis consilium est quam mandatum et ob id non obligatorium) l. 8. §. 6. eod. — vom mandatum tua gratia insonderheit endlich l. 6. §. 5. D. 17. 1. ausspricht: wenn ich dir etwas auftrage, was dich angeht, so findet keine Auftragsklage statt, in-

---

Stryck Us. mod. Lib. XVII. tit. 1. §. 10. führt aus dem Lübischen Recht folgende Stelle an: „will Jemand einem Fremden sein Gut nicht verkaufen, und ein Anderer stehet dabei, und saget: ihr möget ihm wohl vertrauen, die Bezahlung wird Euch werden; wird der Verkäufer von dem Käufer nicht bezahlt, so muß derjenige zahlen, welcher den Fremden loben thät, dadurch der Verkäufer verführet worden.“

*) Die ältere Literatur über vorliegende Streitfrage s. Thibaut Versuche Bd. I. no. 8. Von den Neueren sind außer ihm vorzüglich zu bemerken: Gesterding Irrthümer alter und neuer Juristen S. 197., Neustetel im civil. Archiv Bd. II. S. 39., Hepp das. Bd. XI. S. 42., Seuffert das. S. 372., Glück Thl. XV. S. 366. Thibaut's Ansichten hat Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 590. sich nur dahin angeeignet, daß ein Rath nur dann verbinde, wenn der Rathgebende sich für die Folgen verantwortlich zu machen beabsichtet, und der Berathene hierdurch zur Befolgung bestimmt worden ist. Da erzeugt ja aber der Vertrag und nicht der Rath die Folgen. Wenn dagegen Thibaut in den Versuchen Bd. I. no. 8. auch sogar dem Vertrag nur dann Wirksamkeit beilegt, wenn erweislich der Berathene ohne den Rath die fragliche Handlung gar nicht vorgenommen haben würde, so verstößt er gegen allgemeine Rechtsgrundsätze; Gesterding a. a. O. v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 659. Aber ebensowenig kann man mit Hepp a. a. O. behaupten: auch der einfache Rath verpflichte zur Entschädigung, wenn der Berathene nachweise, daß er ohne denselben die fragliche Handlung nicht vorgenommen haben würde.

dem dies mehr als ein Rath denn als Auftrag zu betrachten ist, §. 6. J. 3. 26., so läßt doch die gedachte l. 6. §. 5. D. 17. 1. die rechtliche Wirkung der Auftragsklage insoweit zu, als du, wenn ich es dir nicht aufgetragen hätte, es nicht gethan haben würdest. Allein während in der römischen Gesetzessprache das Mandat in fünferlei Formen ausgeprägt ist (ein mandatum mandantis tantum gratia-tua tantum gratia-aliena gratia-sua et aliena gratia-tua et aliena gratia) und darunter auch in das mandat. tua gratia, §. 1—6. J. 3. 26., wird man in der deutschen Ausdrucksweise Befehl und Auftrag mit Rathsertheilung gewiß nicht verwechseln können, und wenn es zweifelhaft wäre, ob ein Rath oder ein Mandat vorliege, müßte man gegen letzteres präsumiren; v. Hartitzsch Entscheid. no. 266. u. 337. Es ist sonach auch in den römischen Gesetzen von einem solchen Mandat, welches keine andere Beziehung als auf das Interesse des Mandatars erkennen läßt, nicht gesagt, daß es mit dem Rath identisch sey, son- nur daß in diesem Grenzpunkt sich Mandat und Rath berühren und wohl meistens es auf einen bloßen Rath hinauslaufe. Deshalb kann es aber doch auch ein Mandat, einen Auftrag zu Handlungen geben, welche in dem Rechtsgebiet des Beauftragten liegen und nur für ihn ein sichtliches Interesse haben. Ein Beispiel von solchen Aufträgen, welche in der römischen potestas wohl häufiger vorkommen mochten, stellt l. 32. D. 17. 1. dahin auf, daß mir Jemand aufträgt, eine Erbschaft anzutreten. Auch §. 6. J. 3. 26. gibt die Andeutung eines Unterschieds, ob ich Jemanden nach gewissen, zu seinem Besten gereichenden Maximen zu handeln, oder ob ich ihm eine specielle Handlung, sey auch immerhin nur sein eigenes Interesse daran augenfällig, auftrage. Hiernach ist es jedenfalls irrig, das mandatum tua gratia u. consilium durchaus für einerlei zu halten und der Satz bleibt feststehen: Rath verbindet nicht. Nur uneigentliche Ausnahmen von dem Grundsatz, daß bloßer Rath kein eigentliches Rechtsverhältniß zwischen dem, der den Rath ertheilt, und dem, der ihn empfängt, und folglich auch keine Entschädigungsverbindlichkeit für Ersteren begründe, sind es: a) daß die absichtlich zum Schaden des Andern, mithin dolos gegebenen Rathschläge deren Autor verantwortlich machen, l. 8. D. 4. 3. — l. 47. pr. D. 50. 17.; denn da ist es nicht die Rathsertheilung, sondern der Betrug, welcher eine Verbindlichkeit erzeugt, es ist auch dafür nicht actio mandati, sondern actio doli gegeben; l. 10. §. 7. D. 17. 1. — §. 6. J. 3. 26. — l. 47. cit. — b) wenn von Jemand als Sachverständigem oder Berufshalber ein Rath gefordert wird; denn die ihm desfalls obliegende praestatio culpae ist nicht Folge des

Raths, sondern des vorausgegangenen Contracts oder Quasicontracts, s. v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 659.

Zu 2) Gemeinrechtlich ist es wohl zweifelsfrei, daß aus einer bloßen Empfehlung keine Verbindlichkeit entstehen kann, weil dabei kein animus se obligandi vorhanden ist, ohne welchen eine obligatio nicht möglich ist; l. 3. §. 1. D. 44. 7. — l. 7. §. 10. D. 4. 3. Auch in l. ult. C. 4. 26. wird der nackten Empfehlung nicht vis obligandi beigelegt, Leyser Sp. 183. med. 2. Nur Eine Ausnahme findet sich im Vormundschaftsrecht; wenn man nämlich Jemand zur Vormundschaft als tüchtig empfiehlt, so wird dies als eine Verbürgung, und der adfirmator idoneitatis als Bürge angesehen.*) Im Handelsrecht wird gleichwohl öfter, besonders aus scheinbarer Autorität des Lübischen Rechts Art. I. Tit. 10. Lib. XIII. behauptet, daß eine kaufmännische Empfehlung für die Folgen verpflichte, allein da diese von Mehreren aufgestellte Behauptung (Stryck Us. mod. Lib. 17. tit. 1. §. 10. u. 11., Finckelthaus Obs. pract. obs. 16. no. 8., Köppen Decis. Qu. 36. no. 9., Carpzov Def. for. P. II. Const. 18. def. 24., Marquard de jure mercat. Lib. II. Cap. 11. no. 69., Cocceji J. C. Lib. 17. tit. 1. qu. 8.) nur particularrechtlich begründet werden könnte, und eine hier und da z. B. von Höpfner Instit. §. 199. Anm. 4 mit Beziehung auf eben bemerkte Autoritäten behauptete allgemeine kaufmännische Gewohnheit nicht erweislich ist, so gilt es gemeinrechtlich nicht; Gottschalk Disc. for. T. I. Cap. VIII. pag. 96., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 559. (505.), Klein merkw. Rechtssprüche der Hall. Juristenfacultät Bd. III. S. 222., Trummer im Hamb. Archiv f. d. Handelsr. Bd. I. S. 242., Glück Bd. XV. S. 370., Bender Handelsr. §. 156. [Schömann Civilr. II. S. 222 ff., Trummer im Hamb. (alten) Archiv f. Handelsr. I. S. 227 ff., Thöl Handelsr. §. 101., Walter Deut. Privatr. §. 273., Brinckmann Handelsr. §. 133.] Wenn Empfehlung und Rath im Wesentlichen einerlei ist, und wenn wir dem obigen Grundsatz treu bleiben wollen, daß der Rath an sich keine obligatio erzeuge, so können wir auch nicht der Lehre von v. Martens Grundriß des Handelsrechts §. 19. beistimmen: „ein Kaufmann, der freiwillig einen zu der Zeit schon unsichern oder unzuverlässigen Mann zu Handelsgeschäften empfiehlt, ist schuldig, für den daraus erwachsenden Schaden zu stehen,

*) Andere Ausnahmen sind, wie das Nämliche vorhin bei dem Rath bemerkt wurde, nur uneigentlich, z. B. dolose Empfehlung, oder welche Dienstes halber geschieht, oder wofür man sich vertragsmäßig verpflichtet hat; Lauterbach D. de consiliis, eorumque jure, Müller ad Leyser obs. 377.

wenn er dieses mandatum consilii wider besser Wissen, oder auch nur aus einem leicht vermeidlichen Irrthum gab. Geschah die Empfehlung auf Anfrage des dritten Kaufmanns, so ist er nur für die Unterlassung des mittleren Grades des Fleißes verantwortlich.“ Daß auf diesen Unterschied nichts ankomme, lehrt auch Mittermaier a. a. O. in Uebereinstimmung mit Bender a. a. O. und Trummer a. a. O.

Zu 3) Ein durch die Empfehlung erlittener Verlust gehört wesentlich zum Klaggrund. Daraus folgt, daß bei Unterlassung einer in quali et quanto substantiirten Anführung des Verlustes die Abweisung der Klage auch dann erfolgen muß, wenn die Einrede der Vorausklagung nicht ausdrücklich erhoben worden ist; Gottschalk l. c., Wernher Obs. for. T. II. P. VI. obs. 495.

Zu 4) Zwar kann eine Empfehlung durchaus nur auf die gegenwärtigen Umstände des Empfohlenen bezogen werden, weil in die Zukunft Niemand blicken kann; allein derjenige, welchem eine solche Zusicherung ertheilt wurde, ist doch berechtigt, die Umstände als unverändert anzunehmen, so lange der Empfehlende seine Intercession nicht widerruft, sey dies nun durch Worte oder Handlungen. Zur Erläuterung dient folgender Rechtsfall: A. empfahl dem C. den B. zur Creditgebung, mit der Versicherung, daß er jetzt die Wechsel, welche B. auf ihn ziehen würde, acceptiren werde. In der Folge aber wies er mehrere auf ihn vom B. für C. gezogene Wechsel zurück, und C. begnügte sich damit, sich blos an den B. zu halten. Als aber B. zum dritten Mal auf A. trassirte und dieser die Tratte wieder mit Protest zurückgehen ließ, auch gleich darauf B. fallirte, wollte sich C. auf den Grund des vorerwähnten Empfehlungsbriefs an den A. halten. Allein, da das Versprechen des A., die Tratten des B. jetzt zu honoriren, durch wiederholte Proteste bereits widerrufen war, so wurde C. mit seiner gegen den A. erhobenen Klage abgewiesen, Klein merkw. Rechtssprüche 2c. Bd. III. S. 222.

Zu 5) Da derjenige, an welchen der Brief als Mandatar gerichtet ist, nicht schuldig ist, den Mandatsvertrag einzugehen, auch zur rechtsgiltigen Weigerung keines Protestes bedarf, Thöl Handelsrecht §. 114., so kann auch derjenige, zu dessen Vortheil der Brief ausgestellt ist, wegen Nichtzahlung nicht Klage erheben, ausgenommen, wenn er dem Aussteller für den Creditbrief eine Summe bezahlte, oder der Aussteller den Creditbrief unter Umständen widerrief, unter welchen dem Inhaber desselben ein Nachtheil zuging; Mittermaier deutsch. Privatr. §. 559.

§. 276.

2. Actio institoria*) und exercitoria.

Dig. XIV. 1. de exercitoria actione. XIV. 3. de institoria actione. Cod. IV. 25. de exercitoria et institoria actione.

1) Unter welchen Voraussetzungen wird der praeponens aus den Handlungen des praepositus oder institor unmittelbar verpflichtet?
2) Ist der Präponent verbunden, die lex praepositionis oder deren Beschränkungen öffentlich bekannt zu machen?
3) Steht dem Geschäftsherrn eine unmittelbare Klage aus den von seinem Gewerbsführer geschlossenen Geschäften gegen den Dritten zu?
4) Ist der Geschäftsherr auch für eine vom Geschäftsführer in der Vollziehung des Auftrags begangene unerlaubte und selbst strafbare Handlung einzustehen schuldig, wenn er sie ihm gleich nicht aufgetragen hatte? Desgl. der exercitor für den magister navis?
5) Kann der institor aus den in seinem Beruf geschlossenen Geschäften auch persönlich belangt werden?
6) Ist der einem Handlungsgewerb vorgesetzte Geschäftsführer befugt, auf Credit zu verkaufen? auch Waaren auf Credit einzukaufen? Muß der Geschäftsherr dem Dritten dafür, oder für die vom Gewerbsvorsteher aufgenommenen Kapitalien oder ausgestellten Wechsel gerecht werden?
7) Hat der institor auch facultatem substituendi?
8) Wird, wenn der institor die ihm obliegendenden Leistungen verzögert, der Geschäftsherr eo ipso in moram versetzt?
9) Haften mehrere Principale eines Gewersbsführers in solidum oder nur pro rata?
10) Haben die Erben des Präponenten für die noch nach dessen Tod von dem institor mit Dritten gepflogenen Geschäfte einzustehen?

---

*) Vgl. auch den folgenden §. 277. zu Fr. 14. u. oben §. 273. zu Fr. 18.

Zu 1) Es wird vorausgesetzt: a) daß derjenige, welcher für Rechnung des Gewerbsherrn handelte, dem Geschäft überhaupt vorzustehen beauftragt war. Institores vocantur, qui negotiationibus praeponuntur, non ergo qui ad unum alterumve negotium expediendum adhibentur, §. 2. J. 4. 7. Es darf also nicht ein bloßer Ladendiener, Commis oder Comptoir-Bedienter seyn,*) Leyser Sp. 161. med. 6. u. 7., auch nicht ein solcher, welcher blos auf die Sachen Acht zu geben hat, l. 11. §. 6. D. 14. 3., nicht ein Vogt (villicus), welcher es blos mit dem, was die Fruchterzeugung betrifft, zu schaffen hat, wofern ihm nicht die Gutsverwaltung übertragen ist; l. 16. D. 14. 3., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 187. Anm. a. Das Geschäft, welchem der institor vorgesetzt ist, kann übrigens ein Gewerb im ganzen Umfang, oder, wie z. B. beim Commis voyageur ein einzelner Geschäftszweig des Präponenten seyn; l. 5. pr. §. 1—10. D. 14. 3. — b) Das Geschäft, aus welchem gegen den dominus geklagt werden will, muß in diejenige Kategorie gehören, für welche der institor angestellt ist, §. 2. J. 4. 7. — l. 5. §. 11. D. 14. 3. — l. 2. l. 3. C. 4. 25., und dieses muß der Kläger beweisen, l. 13.

*) Einen interessanten Rechtsfall, in welchem der Grundsatz ausgeführt ist, daß ein Commis seinen Herrn durch keine Handlung verpflichte, zu welcher er nicht einen besondern Auftrag ausdrücklich oder stillschweigend erlangt hat, dagegen ein Factor den Prinzipal in Rücksicht aller innerhalb seiner Procura unternommenen Handlungsgeschäfte verbindet, s. im Archiv für das Handelsr. Bd. II. S. 516. Der Handlungsdiener, welcher im Gewölb verkauft, kann den Kaufpreis, auch den creditirten, empfangen und quittiren; der Handlungsdiener, welchem zahlbare Wechsel, oder Waaren, oder Rechnungen offen zur Abgabe an den Schuldner zugestellt wurden, kann den Geldempfang unter eigenem Namen giltig und für den Handelsherrn verbindlich bescheinigen. Zahlungen, welche auf dem Comtoir in Abwesenheit des Prinzipals geschehen sind, muß dieser anerkennen; v. Martens Grundriß des Handelsr. §. 29., Hamburg. Archiv für das Handelsr. Thl. II. S. 511. Einigermaßen abweichend ist Bender Handelsr. §. 53.; s. dagegen Spangenberg in Elvers' Themis Bd. I. S. 367. Ein Handlungsreisender ist zwar für ermächtigt zu halten, mit den Abnehmern der Waaren des Kaufpreises und der Zahlung halber Conventionen auf eine seinen Prinzipal verpflichtende Weise einzugehen, aber ein Letzterem bereits erworbenes Forderungsrecht kann er ohne besondere Vollmacht weder bedingt, noch unbedingt aufgeben; Strippelmann bemerkenswerthe Entscheid. des O.-A.-Ger. zu Cassel Bd. I. no. 45.; vgl. oben §. 273. zu Fr. 18. [Auch Gesellen, Lehrlinge und sonst in der Werkstätte eines Handwerkers beschäftigte Arbeiter haben regelmäßig nicht Institor-Eigenschaft, s. Dedekind im civilist. Archiv Bd. 41. S. 201. arg. l. 1. §. 2. D. 14. 1. — l. 16. D. 14. 3. Ueber die streitige l. 5. §. 10. D. 14. 3. vergl. ebendas. S. 193. 198. 209 ff.]

pr. D. 14. 3., Thöl Handelsr. §. 27. Z. B. der zum Betrieb der Hausirgeschäfte erwählte Vertreter ist dadurch nicht zu Waareneinkäufen befugt, l. 5. §. 12. D. 14. 3., Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. V. S. 355. — Der Gehilfe des Mäklers kann seinem Herrn nicht durch Intercession oder durch Vergleiche obligiren, Archiv f. d. Handelsr. Thl. II. S. 510. — c) der institor muß sich auf irgend eine Weise dem andern Contrahenten als solcher dargestellt und so das Geschäft wirklich in dieser Eigenschaft gemacht, dabei aber auch nicht die Grenzen seiner Anstellung überschritten haben. Wäre jenes nicht der Fall, so würde dem andern Contrahenten kein Klagrecht gegen den dominus zustehen, wenn er auch hinterher erführe, daß derjenige, welcher in eigenem Namen mit ihm contrahirt hat, eigentlich das Geschäft eines Andern betrieben hatte; Gensler im civil. Archiv Bd. I. S. 393. — Unter diesen Voraussetzungen hat der Proponent, eben weil der Dritte ihn im Auge gehabt und wesentlich mit ihm contrahirt hat, die Geschäfte des institor nicht, wie Huber Praelect. Lib. 14. tit. 3. §. 4. annimmt, blos bis zum Belauf des diesem anvertrauten Geschäftsfonds, sondern überhaupt mit seinem Vermögen zu vertreten,*) §. 2. J. 4. 7. — l. 5. §. 2. D. 14. 3., Thibaut System d. Pand. §. 528., Thöl a. a. O. §. 28. [Ueber die Erkundigungspflicht des dritten Contrahenten s. Seuffert's Archiv XII. No. 268.]

Zu 2) Es beruht wohl nur auf Mißverständniß, wenn Tittmann Abhandl. v. d. Statthaftigkeit der institor. Klage S. 10., was wohl auch Glück Thl. XIV. S. 258. zu billigen scheint, behauptet, daß die Gewerbsvorschrift bekannt gemacht werden müsse, und außerdem der Gewerbsherr sich nicht mit dem Einwand, daß der institor seine Grenzen überschritten habe, schützen könne. Richtig ist es zwar, daß der Gewerbsherr besondere Beschränkungen, welche er dem institor in der Gewerbsführung auflegt, bekannt machen müsse, wenn er nicht schlechthin an die in dessen angewiesenem Wirkungskreis nach der Natur der Sache liegenden Geschäfte gebunden seyn will, daraus folgt aber nicht, daß er immer die Gewerbsvorschrift bekannt machen müsse. Der Inhalt der Procura ist durch den allgemeinen Zweck der Anstellung gegeben; Thöl Handelsr. §. 30.**)

*) Doch muß ein Pupill autoritate tutoris die Handlung betreiben und den institor anstellen, sonst haftet er nur, soweit er bereichert ist, l. 9. l. 10. D. 14. 3., und ein minor hat praevia causae cognitione die in integrum restitutio, l. 11. §. 1. D. 14. 3.

**) Vielmehr ist es Obliegenheit desjenigen, welcher mit einem institor

Nur dazu erfordern die Gesetze öffentliche Bekanntmachung, wenn der Geschäftsherr den Gewerbsführer dieses Dienstes wieder entlassen, ihm seine bisherige Eigenschaft entziehen will; l. 11. §. 2. 3. 5. D. 14. 3. Si quis nolit contrahi cum institore, prohibeat: caeterum qui praeposuit, tenetur ipsa praepositione. Tittmann gesteht ja selbst zu, daß kein Gesetz gefunden werde, welches ihm die zuvor erwähnte Pflicht auflegte, wie auch schon Michaelis D. de lege praepositionis (Lips. 1804.) §. 11. bemerkt hat. Er gesteht ferner a. a. O. S. 30. „Die Gewerbsvorschrift ist allerdings etwas Unwesentliches, weil der Gegenstand der von dem Gewerbsverwalter zu leistenden Handlungen durch die Natur des übertragenen Geschäfts an sich bestimmt ist. Etwas anderes ist die Gewerbsvollmacht, d. i. der Auftrag zur Geschäftsführung selbst. Diese muß nothwendig vorhanden seyn, weil es sonst an der Einwilligung beider Theile fehlen würde, doch braucht sie auch nicht ausdrücklich gegeben zu werden, weil auch stillschweigender Auftrag gilt." Man kann sogar behaupten, daß meistens der Gewerbsführer ohne eine specielle Gewerbsvorschrift angestellt wird, und auch da ist, wie Tittmann selbst a. a. O. S. 40. gesteht, der Gewerbsherr für alles das verbindlich, was der Gewerbsverwalter nach der Natur und dem Wesen des Gewerbs unternommen hat. Damit stimmt überein Weiske skeptisch prakt. Behandlung einiger civilrechtl. Gegenstände S. 46. §. 3., wo er bemüht ist, die vorangestellte Behauptung Tittmanns zu berichtigen. — Hat z. B. der Geschäftsherr an seinen Geschäftsfreund einen Geschäftsführer mit der schriftlichen Einladung zu einem mit demselben abzuschließenden Geschäft gesendet, so wird durch diesen allgemeinen Auftrag der Geschäftsherr verbindlich, und kann nicht mit dem Einwand, daß jener in Behandlung des Geschäfts seine Grenzen überschritten, und daß sich der Freund die lex propositionis hätte vorzeigen lassen sollen, sich schützen; Leyser Sp. 161. med. 3. Sp. 188. med. 5. — Nur dann kann man mit Struben rechtl. Bed. Thl. I. no. 59. behaupten, daß es nothwendig sey, sich die Instruction des Factors

---

contrahirt, sich zu vergewissern, daß er wirklich institor sey, wie weit er bevollmächtigt sey, und ob die Umstände vorliegen, unter welchen er bevollmächtigt ist. Ob er, wenn dieser keine schriftliche Procura hat, der mündlichen Versicherung des institor trauen dürfe? diese Frage bejaht Thöl a. a. O. unter der Voraussetzung, daß keine besonderen Verdachtsgründe vorhanden sind. Verleugnet oder entstellt der institor die Procura, so fällt dies dem Präponenten zur Last; imputaturum sibi, cur talem praeposuerit, l. 1. §. 4. u. 9. D. 14. 1.

vorzeigen zu lassen, um mit Sicherheit mit demselben contrahiren zu können, wenn es sich um eine Disposition handelt, welche nicht wesentlich und nothwendig in dem allgemeinen Geschäftsauftrag begriffen ist; l. 1. C. 4. 25. Uebrigens soll der dominus, wenn die übertragene Geschäftsführung sowohl einen engeren als einen weiteren Inbegriff zuläßt, nicht variiren und dadurch die Contrahenten irre machen, wie aus l. 11. §. 5. D. 14. 3. abzunehmen ist. Wenn z. B. der Geschäftsherr mehrfältig die von seinem institor contrahirten Anlehen gelten läßt, und dadurch ein Dritter bewogen wird, auf des Factors Schein Geld zu leihen, so kann der Herr allerdings act. institoria belangt werden; Struben a. a. O. — Für den Geschäftsverkehr unter Abwesenden ist übrigens allemal die Gewerbsvollmacht (Procura), welche in Banco publico niedergelegt und den Handlungsfreunden schriftlich bekannt gemacht wird, nothwendig.

Zu 3) Nach römischem Recht wäre diese Frage in der Regel wohl zu verneinen, und dem Geschäftsherrn eine directe Klage gegen denjenigen, welcher mit dem institor oder exercitor contrahirt hat, ausnahmsweise nur dann zuzugestehen, wenn er von diesem keine Befriedigung erlangen kann, l. 1. in f. l. 2. D. 14. 3., außerdem müßte er sich erst von diesem die Klage cediren lassen. Dies behaupten auch noch jetzt manche Rechtsgelehrte, Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 194., Höpfner Instit. §. 1148. Anm. 2. Die Praxis hat sich aber wohl allgemein dafür entschieden, daß h. z. T. solcher Umweg nicht nöthig sey, sondern der Geschäftsherr, ohne erst einer Cession zu bedürfen, actione utili gegen den Dritten klagen könne,*) da uns die römische Ansicht, daß man durch eine andere freie Person nicht erwerben könne, fremd geblieben ist; Mühlenbruch Lehre v. d. Cession §. 14. a. E., Glück Thl. XIV. §. 882. S. 198., Thibaut System §. 526. (Ed. 8.), Mackeldey Lehrb. §. 477. [A. D. H.-G.-B. Art. 52.]

Zu 4) Verneinend entscheidet Cocceji jus contr. Lib. XIV. tit. 3. qu. 4., Berger Resolut. legum obstantium Lib. XIV. tit. 3. qu. 3., und diese Entscheidung scheint nothwendig aus dem Grundsatz zu fließen, daß der Bevollmächtigte, insofern er außer den Grenzen seiner Vollmacht handelt, den Mandanten nicht verbinden könne. Aus l. 15. §. 2. D. 4. 3., wo die act. de dolo aus dem arglistigen Verfahren

*) Vorausgesetzt nämlich, daß der institor im Namen des Prinzipals contrahirt hat; Heise und Cropp jurist. Abhandl. Bd. II. S. 386., Thöl Handelsr. §. 25.

des Procurators nur insofern gegen den Prinzipal gegeben wird, als dieser Vortheil daraus gezogen hat, möchte man auch per argumentum e contrario schließen: insoweit der Prinzipal keinen Vortheil aus der betrüglichen Handlung des Mandatars zieht, geht diese ihn überhaupt nicht an. Ferner sagt l. 11. D. 44. 4.: dem Geschäftsbesorger darf, wenn er Klage, versteht sich für den Geschäftsherrn aus einem in dessen Namen geschlossenen Vertrag, erhebt, nicht wegen seiner eigenen Arglist eine Einrede entgegengesetzt werden, weil der gegenwärtige Rechtsstreit ihn nichts angeht, er vielmehr in Ansehung dieser Sache ein Fremder ist, und Arglist eines Andern einem Dritten nichts schaden darf. Hierauf mag es sich wohl gründen, wenn Bender Grundſ. d. Handlungsr. §. 50. sagt: „wird der Auftrag tadellos befunden, ist mithin nur dessen Ausführung gesetzwidrig, dann haftet blos der Factor für Schadenersatz;" und Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 493.: „beging der Mandatar in dem Geschäfte mit einem Andern unerlaubte Handlungen, ohne daß ihm etwas anderes als Erlaubtes aufgetragen war, so haftet blos der Mandatar, nicht der Mandant, und diesem sollen dann Delicte des Bevollmächtigten weder nützen noch schaden."*)

Damit scheint aber die Frage noch nicht erschöpft, wer, im Fall der Mandatar oder institor zahlungsunfähig ist, den Schaden tragen müsse, welcher aus einer von ihm in dem aufgetragenen Geschäft begangenen unredlichen oder sonst Schaden bringenden Handlung erwachsen ist, ob der Geschäftsherr, oder derjenige, mit welchem der Geschäftsführer im Namen des Herrn contrahirt hat? Unhaltbare Sätze sind es, wenn Leyser Sp. 528. med. 2. sagt: dolus procuratoris creditori nocet, non debitori,**) und umgekehrt Hommel Rhaps.

*) [Vergl. auch Ubbelohde üb. d. Haftung für Verschuldungen des Handlungspersonals im Hess. Arch. f. prakt. Rechtswiss. VII. S. 229 ff.]

**) Auch der besonderen Beurtheilung des von Leyser supra cit. behandelten Falles stehen erhebliche Bedenken entgegen: A. trug dem B. auf, eine ihm bei C. ausstehende Wechselforderung einzucassiren, zu welchem Ende er ihm den Wechsel des C. einhändigte, welcher diesen gegen Zahlung der Valuta zurück zu bekommen hatte. Nun hatte C. selbst eine Wechselforderung an B., welche er bei dieser Gelegenheit in Anregung bringt, und B. läßt es sich gern gefallen, daß er seinen an C. ausgestellten Wechsel zurück erhält, indem er dagegen dem C. seinen an A. ausgestellten Wechsel zurück gibt. Auf diese Weise erhält nun aber A. nichts, und da sein Mandatar B. bald darauf in Concurs verfällt, so belangt er seinen Schuldner C. auf die Zahlung. Da entsteht denn die Frage: ob A. die Art und Weise, in welcher sein Mandatar B. zu Werke ging, anzuerkennen schuldig, demnach C., welcher nun freilich seinen Wechsel

Vol. I. obs. 113. in solutione facta dolum mandatarii *debitori* nocere. Vielmehr wird es sich nur darum fragen, ob der andere Mitcontrahent in culpa ist, oder nicht. Im ersten Fall hat dieser den Schaden sich selbst beizumessen, im zweiten muß ihn in der Regel der Präponent tragen; l. 5. §. 8. l. 11. §. 4. i. f. D. 14. 3. — l. 1. §. 9. 10. D. 14. 1. — l. 5. §. 3. D. 44. 4., Glück Thl. XIV. S. 247., Emminghaus ad Cocceji Lib. XIV. tit. 3. qu. 4. not. u., Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 4., v. Martens Grundriß des Handelsr. §. 28., Bucher R. d. Ford. §. 157. u. 158.*) Doch ist dem Geschäftsherrn nach Beschaffenheit der Sache der Beweis nicht zu verschließen, daß er alle erforderliche Vorsicht in der Auswahl eines homo idoneus angewendet habe; cf. l. 41. D. 19. 2. — l. 20. §. 2. D. 19. 5. — l. 10. §. 1. l. 11. l. 20. D. 13. 6. — l. 21. §. ult. D. 3. 5., Thöl a. a. O. §. 33., Hasse die culpa des römischen Rechts S. 539—545. Thöl Handelsr. §. 33. unterscheidet, ob die Widerrechtlichkeit beim Abschluß des Contracts, bei dessen Erfüllung, oder unabhängig vom Contracte geschah. Bei dem Handeln des Factors gegen die Vollmacht, wenn der Dritte triftige Gründe hatte, den Contract der Vollmacht entsprechend zu halten, haftet der Prinzipal, da er selbst als Contrahent angesehen wird. Eine unrechtlicher Weise von Seite des als Mittelsperson zur Erfüllung eines Contracts gebrauchten Factors nicht gehörig bewirkte Erfüllung eines Contracts kann den Prinzipal nur nach den Grundsätzen über Zuziehung von

---

zurück bekommen hat, liberirt sey? Zwar, wenn er dem B. die an C. schuldige Summe baar bezahlt hätte, wäre das Schicksal des A. vielleicht eben dasselbe gewesen, und die giltige Liberation des C. wäre dann gar keinem Zweifel unterlegen. Leyser ist auch der Meinung, daß C. durch die beschriebene Manipulation nicht minder liberirt sey, denn durch Aushändigung des Wechsels an B. habe A. diesem volle Macht gegeben, die Zahlung auf jede beliebige Art zu reguliren. Allein es war ja nicht Incasso, mithin nicht die aufgetragene Handlung, wenn B. sich der Forderung des A. bediente, um seine eigene Schuld an C. abzutragen, und C. mußte wohl wissen, daß er seine Schuld an A. nicht mit seiner Forderung an B. compensiren könne, während doch der Wechsel nicht an diesen girirt war. Wenn nun B. offenbar nicht im Sinn seines Auftraggebers A. das Geschäft vollzogen hat, so wird es nur darauf ankommen, ob C. genügenden Grund hatte, die Handlung für der Vollmacht gemäß zu halten, oder nicht; im ersten Fall haftet der Prinzipal, weil er selbst als der Handelnde gilt, im zweiten hat sich C. die Schuld zuzuschreiben, wenn er den blos zum Incasso Beauftragten als einen willkürlichen Disponenten behandelte und betrachtete; Thöl Handelsr. §. 33.

*) Eine besondere Abhandlung über diesen Gegenstand s. v. Hohnhorst Jahrb. des Großh. Bad. Oberhofger. zu Mannheim Jahrg. VIII. S. 301.

Mittelspersonen verpflichten, also für culpa in eligendo. Für unabhängig vom Contracte und dessen Erfüllung begangene Widerrechtlichkeiten des institor haftet der Prinzipal nicht, wenn auch das Verhältniß des institor die Gelegenheit dazu gab; vergl. Emminghaus Sächs. Pand. S. 543., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 538. (Ed. 7.)

Gleiche Grundsätze gelten im Verhältniß zwischen dem exercitor und dem magister navis. Der Erstere haftet Dritten nur insoweit für die vertragsmäßigen Verpflichtungen des Schifführers, als Letzterer die lex praepositionis nicht überschritten hat, l. 1. §. 7. D. 14. 1., für unrechtmäßige Handlungen und Versehen des magister navis aber nur insoweit, als sie mit einem von dem Ersteren eingegangenen Rechtsgeschäfte in näherem Zusammenhang stehen; cf. l. 1. §. 8—10. eod., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. §. 198. lit. a. S. 419. Geschäfte, nicht Delicte des Gewerbführers verursachen die Haftung. Etwas anderes ist die Modification der obligatio durch unerlaubte Handlungen. Für diese haftet der Gewerbsherr so gut, wie für den ursprünglichen Grund der Klage; Puchta Vorles. Bd. II. S. 113. [Vergl. A. D. H.=G.=B. Art. 451. 736 ff.]

Zu 5) Die herrschende Ansicht war bisher diese: man muß zwar demjenigen, welcher mit dem institor contrahirt hat, gegen diesen ein unmittelbares Klagrecht zugestehen, woraus folgt, daß der Dritte die Wahl hat, ob er den Präponenten oder den praepositus belangen will, l. 1. §. 17. u. 24. l. 5. §. 1. D. 14. 1., die klagbare Verbindlichkeit des Letzteren aber kann, insofern er in der declarirten Eigenschaft eines institor, oder ausdrücklich im Namen des Geschäftsherrn contrahirt hat, nur so weit gehen, als von Letzterem auch die nöthigen Mittel in seine Hände gelegt sind, so daß er also nicht mit seinem, sondern nur mit des Prinzipals Vermögen hafte, und soweit er dieses nicht unter seinen Händen hat, die Execution an den Prinzipal weisen, gleichsam den autor nominiren kann. Mit seinem eigenen Vermögen haftet der institor ausnahmsweise nur dann, wenn er in seinem eigenen Namen contrahirt, oder sich für seinen Prinzipal verbürgt, oder die Grenzen seines Auftrags überschritten, oder etwas Unerlaubtes unternommen hat. Außerdem haftet er auch nicht dafür, daß die Klage gegen den dominus factisch wirksam, sondern nur, wie gesagt, daß sie rechtlich begründet sey; vergl. oben §. 274. zu Fr. 1. Dieser, in Erwägung, daß der institor nicht für sich, sondern für einen Andern etwas verspricht, gewiß der Natur der Sache und Billigkeit angemessenen Lehre, in welcher die angesehensten Rechtsgelehrten zusammen=

stimmen,*) stellt v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 661. die früher auch von Struv. Ex. XX. th. 38. T. I. pag. 1318. aufgeworfene Behauptung entgegen, daß der institor überhaupt als Selbstschuldner hafte. Die Gesetzstellen, welchen derselbe keine Bedeutsamkeit für die entgegengesetzte Ansicht zugesteht, sprechen aber dieselbe sowohl bei unfreiwilligen Vertretern, wie Curatoren, l. 43. D. 26. 7. — l. 15. C. 5. 37., als auch bei freiwilligen Vertretern, z. B. vom negotiorum gestor, l. 6. §. 1. D. 3. 5., vom Procurator im Proceß, l. 4. pr. D. 42. 1., und mithin in Fällen aus, welche keine unpassende Analogie darbieten. Wenn sogar gegen den procurator die Execution nicht in sein Vermögen gerichtet werden konnte, bei welchem doch sein dominium litis die meiste Veranlassung zu geben schien, wievielweniger kann man dies bei anderen Vertretern annehmen, bei welchen diese präjudicirliche Eigenschaft nicht obwaltet. Nach l. 19. pr. D. 14. 3. soll die Klage gegen den Geschäftsherrn selbst dann gerichtet werden, wenngleich die zu dem Geschäft aufgestellte Mittelsperson solvent ist. Der l. ult. D. 14. 3. will v. Vangerow deswegen keine Beweiskraft beilegen, weil der darin erwähnte institor nur ein Zeugniß über die Schuld der Wechselbank seines Patrons von 1000 Denarien ausgestellt habe, welche freilich den Aussteller nicht zum Schuldner hätte machen können; allein es heißt ja von ihm *cavit*, d. i. er habe eine Verschreibung ausgestellt, und er hatte sich darin auch als den Zahler der 1000 Denarien bekannt, quos denarios vobis numerare debebo pridie Kalendas Majas, versteht sich aus der Wechselbank, welcher er vorstand, und unter diesen Umständen sagt Scävola: nec jure his verbis obligatum, nec aequitatem conveniendi eum superesse.

Zu 6) Wenn nicht die Aufstellung des institor für ein ganz specielles Geschäft, und unter einer speciellen veröffentlichten Vorschrift stattgefunden hat, l. 11. §. 5. D. 14. 3., so muß alles, was in der Natur des Geschäfts, welchem der institor vorgesetzt ist, liegt, als im Auftrag inbegriffen erachtet werden. Der institor zum Kauf und Ver=

---

*) Außer mehreren älteren in Walchii controv. j. c. pag. 679. §. 16. angeführten Autoritäten s. Walch selbst l. c., Cocceji J. C. Lib. XIV. tit. 3. qu. 3., Leyser Sp. 161. med. 1. u. 2., Glück Thl. XIV. S. 196. §. 881. und S. 256. §. 893., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 431. not. 12., Voet Comm. ad. Pand. Lib. XIV. tit. 3. §. 6., v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 83. (§. 55.), Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 494., Thibaut System §. 525. (Ed. 8.), v. Bülow Abh. Bd. I. S. 321., Thöl Handelsr. Thl. I. §. 26., Kritz Pand. Thl. I. Bd. I. S. 323.

kauf kann daher auf Credit verkaufen, denn die baare Bezahlung ist zwar beim gewöhnlichen Kauf Regel, allein beim Gewerbe ist vielmehr Creditgeben und Creditnehmen Regel, und die Baarzahlung Ausnahme; l. 5. §. 14. u. 15. D. 14. 3., Weiske skeptisch-prakt. Behandlung einiger civilrechtl. Gegenstände S. 52. Ebenso unstreitig ist daher die Verbindlichkeit des Präponenten, für Waaren, welche der Gewerbsführer auf Credit eingekauft hat, Zahlung zu leisten; Tittmann Abh. v. d. Statthaftigkeit d. institor. Kl. S. 35. u. 40., Weiske a. a. O. S. 42. Anm. 4. Auch Gelder auf Wechsel oder Schuldscheine aufzunehmen, kann von den Befugnissen des institor nicht gänzlich ausgeschlossen werden; l. 5. §. 13. l. 19. §. 2. D. 14. 3. — l. 7. §. 2. D. 14. 1. Darüber sind die Rechtsgelehrten einig, vorausgesetzt, daß das Geschäft selbst nach seiner eigenthümlichen Beschaffenheit Verkehr mit Geld erfordert, Tittmann a. a. O. S. 41., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 84. (§. 56.), Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 492., Thibaut System §. 528. (Ed. 8.). Unzweifelhaft ist dies bei einem institor, welcher einem Geldgeschäft vorgesetzt ist, Leyser Sp. 161. med. 5. Zweifelhafter bei einem anderen Handelsgeschäft; man kann da eine Ausdehnung desselben in dem Grade, daß Geldmittel durch Credit angeschafft werden müßten, nur dann in der Intention des Geschäftsherrn liegend annehmen, wenn, obgleich nicht gerade durch förmliche Specialvollmacht, aber doch aus den Briefen des Geschäftsherrn dargethan werden kann, daß solche Hilfsmittel zur Ausführung der aufgetragenen Geschäfte ihm genehm seyen, oder daß er deren Nothwendigkeit selbst einsieht, Leyser Sp. 130. med. 6., oder auch, wenn die aufgetragenen Geschäfte in solchem Verhältniß zu den gegebenen Mitteln stehen, daß sie ohne Geldaufnahmen nicht ausgeführt werden konnten, diese ausdrücklich in der Eigenschaft als institor von demselben geschehen sind, und besonders, wenn auch deren Verwendung in das Geschäft erfolgt ist. Doch ist das Letztere zu beweisen nicht gerade nothwendig für den Gläubiger, vielmehr sagt l. 7. pr. u. §. 2. D. 14. 1.: *sufficere, si in hoc crediderit;* non etiam illud exigendum, ut ipse curam suscipiat, an in hanc rem pecunia eroganda est. Es genügt, daß dem Darleiher das Bedürfniß der in den Geschäftskreis des institor einschlagenden Verwendung vor Augen lag. Creditorem scire debere, necessariam esse mercis comparationem, cui emendae servus sit praepositus; l. 7. §. 2. cit., Struben rechtl. Bed. Bd. I. no. 59., Glück Thl. XIV. S. 243. — Vollmacht zum Deponiren oder Ausleihen enthält Vollmacht zum Rückempfang; l. 11. D. 16. 3. — l. 35. D. 46. 3.

Zu 7) Gegen die von mehreren älteren in Glück Thl. XIV. S. 251. Anm. 44. angeführten Rechtsgelehrten, namentl. Schilter, Huber, Voet, Heineccius, Boehmer u. A., erhobenen Bedenken, hat sich neuerlich die Praxis wohl allgemein dahin fixirt, daß der institor nur dann einen Substituten sich nicht ernennen dürfe, wenn es ihm verboten ist.*) Nur insoweit ist er vom magister navis unterschieden, welcher selbst gegen Verbot substituiren darf, insofern er sagen kann: Noth kennt kein Gebot! l. 1. pr. §. 5. D. 14. 1. cf. l. 5. §. 17. D. 14. 3. — Walch controv. jur. civ. pag. 680. §. 17., Leyser Sp. 677. med. 15., Bucher a. a. O. §. 158., Tittmann a. a. O. S. 33., Glück a. a. O. §. 893. und die Lehrbücher von v. Wening-Ingenheim Bd. II. S. 84. (§. 56.), Mackeldey §. 477., Thibaut §. 528. (Ed. 8.), Schweppe Bd. III. S. 290.

Zu 8) Der Prinzipal kommt durch den Mandatar nicht in Verzug, sofern er um die geschehene Anmahnung des Gläubigers oder Anbietung des Schuldners nicht selbst auch weiß; l. 20. §. 11. D. 5. 3. — l. 32. §. 1. D. 22. 1. — Schweppe a. a. O. Bd. III. §. 493.

Zu 9) In Ansehung der act. exercitoria verordnet l. 1. §. 25. D. 14. 1. ausdrücklich: si plures navem exerceant, cum quolibet eorum in solidum agi potest. Dasselbe wird auch auf die institorische Klage übergetragen in l. 13. §. 2. D. 14. 3. Dieser gesetzlichen Bestimmung bleibt auch Glück Thl. XIV. S. 255., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 83. (§. 55.), Schweppe a. a. O. Bd. III. §. 492. a. E. treu. Viele wollen jedoch den mehreren Exercitoren oder Präponenten noch die Wohlthat der Theilung zugestehen, s. die bei Glück a. a. O. S. 256. Anm. 53. angeführten Schriftsteller, Thibaut System §. 524. (Ed. 8.), Bucher R. d Ford. §. 157., Mackeldey Lehrb. §. 476., was aber der Absicht der Gesetze nicht zu entsprechen scheint, denn l. 2. D. 14. 1. drückt diese bestimmt dahin aus: ne in plures adversarios destringatur, qui cum uno contraxerit, und l. 3. eod.

*) Die allgemeine Regel ist für die Substitutionsbefugniß des Mandatars nach l. 8. §. 3. D. 17. 1. Am wenigsten dürfte sie bei einem nur zu einzelnen Geschäften aufgestellten institor zweifelhaft seyn. Aber bei Uebertragung einer ganzen Procura findet es wohl mit Grund bedenklich Thöl Handelsr. §. 32. (vergl. die vorhin in §. 273. zu Fr. 20. angeführten verschiedenen Meinungen), jedoch eigentlich nur dann, wenn der Prinzipal anwesend ist und selbst die Wahl ungehindert treffen kann. Ist dies nicht der Fall, so muß das in den Mandatar gesetzte Vertrauen auch für seine Verlässigkeit in der Wahl eines Substituten entscheidend gelten. [D. H.-G.-B. verbietet in Art. 53. dem Procuristen oder Handlungsbevollmächtigten die Substitution ohne des Prinzipals Einwilligung.]

gibt den in solidum Verklagten, weger der von ihm vollständig geleisteten Zahlung nur die Gesellschaftsklage, um sich an die Andern zu halten. Unstreitig ist, daß die Erben eines Exercitors oder Präponenten nur pro rata hereditaria haften. *)

Zu 10) Das Amt des Institors hört nicht mit dem Tod des Präponenten auf, vielmehr findet auch gegen dessen Erben die institorische Klage aus Geschäften, welche ein Dritter mit dem institor erst nach dem Tod des Präponenten eingegangen hat, noch statt. Die Erben sind nicht minder als deren Erblasser verbunden, das dem institor ertheilte Mandat zu widerrufen und ihren Widerruf gehörig bekannt zu machen. Erst von dieser Zeit an haben sie keine Verbindlichkeit mehr; l. 11. pr. l. 17. §. 2. D. 14. 3. Zweifelhaft ist nur, ob ein mit dem institor von einem Dritten zu der Zeit, wo noch eine Erbschaftsantretung nicht stattgefunden hat, geschlossenes Geschäft für den künftigen Erben verbindend sey. Einige unterscheiden, ob der Dritte von dem erfolgten Tod gewußt habe oder nicht, und nur im letzteren Fall könne ihm sein Recht der institorischen Klage nicht verloren gehen, wogegen er im ersten Fall es sich selbst zuschreiben müsse, mit einer ganz ungewissen Person contrahirt zu haben; Cocceji jus controv. Lib. XIV. tit. 3. qu. 5. Hiervon könnte, dieser Meinung zufolge, nur dann eine Ausnahme gelten, wenn die Erben heredes sui et necessarii wären. Wenn man aber den Satz festhält, daß das Amt des institor nicht mit dem Tod des Präponenten aufhöre, so kann man keinen Unterschied darin finden, ob der Tod dem andern Contrahenten bekannt gewesen sey oder nicht, man muß vielmehr, um consequent zu seyn, behaupten, daß alle Handlungen wirksam bleiben, wie dies auch für jenen Fall l. 17. §. 3. D. 14. 3. und für diesen l. 5. §. 17. eod. ausspricht; Walch controv. jur. civ. pag. 679. §. 15., Glück Thl. XIV. S. 258., Bender Grunds. d. Handlungsr. §. 49., Thöl Handelsr. §. 30. Anm. 17.

Anmerkung: Indem wir in die Details der hier beiläufig berührten exercitorischen Klage nicht tiefer eingehen, hält uns die Betrachtung zurück, daß, außer den allgemeinen Grundsätzen, welche ihr mit der institorischen Klage gemein sind, durch die neueren Seerechte eine solche Umgestaltung einge-

*) Wenn für dasselbe Geschäftsgebiet mehrerer Institoren aufgestellt sind, so contrahirt der Dritte mit jedem Einzelnen giltig. Si plures sint magistri, non divisis officiis, quodcunque cum uno gestum erit, obligabit exercitorem, l. 1. §. 13. D. 14. 1. ausgenommen, si sic praeposuit: ne alter sine altero aliquid gerat; l. 11. §. 5. D. 14. 3. — l. 1. §. 14. D. 14. 1.

treten ist, daß die Postulate des Bedürfnisses und der Zweckmäßigkeit, bezüglich des heutigen Geschäftsganges, ein vielfach anderes Gewohnheitsrecht erzeugt haben, welches sich von dem römischen Recht mehrfach entfernt. — Der nach römischem Recht überaus ausgedehnte Geschäftskreis des Schiffers (magister navis), innerhalb dessen doch der Rheder (exercitor navis) durchaus durch ihn verpflichtet wurde, setzte diesen in so große Gefahr, zumal er sowohl für Vertrags- als Delictsschulden des Schiffers, und nicht blos mit Schiff und Ladung, sondern auch überhaupt mit seinem Vermögen haften mußte, daß Einschränkungen nothwendig erschienen. Diese zeigen sich im neueren Seerecht und in der Praxis gewöhnlich in der Art, daß die Vollmacht des Schiffers am Wohnort der Rheder, wo deren Gutfinden stündlich erholt werden kann, insoweit beschränkt ist, daß er in allen wesentlichen und erheblichen Punkten an deren Zustimmung gebunden und nur mit der Vollziehung ihrer Beschlüsse, sowie mit der Ausführung solcher Maßregeln, die von den Rhedern wegen Mangels der erforderlichen technischen Kenntnisse nicht wohl selbst ausgeführt werden können, beauftragt ist.

---

§. 277.

3. Assignatio.*)

1) Da die Assignation gewöhnlich zum Zweck der Zahlung geschieht, so fragt sich zunächst, wann letztere durch die

*) In der Assignation liegt gewissermaßen ein doppelter Auftrag: a) an den Assignatar, eine Summe im Namen des Assignanten bei dem Assignaten zu erheben, insonderheit mit der Intention, daß der Assignatar die Summe für eigene Rechnung erheben soll; b) an den Assignaten, dem Assignatar zu zahlen. Wenn das Geschäft Zweifel zuläßt, ob eine Assignation oder Cession beabsichtet sey, so pflegt man eine Assignation zu vermuthen, v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 323. (§. 257.), Stryck Us. mod. Lib. 18. tit. 4. §. 25. [Der reine Begriff der Anweisung oder Assignation wird vielfach getrübt durch Einmischung der sie veranlassenden Verhältnisse zwischen den drei Betheiligten. Allerdings kann die Anweisung in gewissem Sinne die Combination eines Einkassirungs- und Zahlungsmandats genannt werden, allein hiermit ist noch keine

Assignation wirklich bewirkt werde? oder über den richtigen Sinn der deutschen Sprüchwörter: „Anweisung ist gute Zahlung“ und „Anweisung ist keine Zahlung.“

2) Kann der Assignatar, welcher die Zahlung vom Assignaten nicht erhalten konnte, den Regreß an den Assignanten im Executivproceß nehmen?

3) Was für ein Verhältniß entsteht, wenn der Assignatar die Anweisung auf einen Dritten überträgt?

4) Muß eine Anweisung ebenso wie ein Wechsel am Verfall-

Bestimmtheit gegeben, denn es fragt sich noch, welcher Art beide Mandate und welcher Art ihre Combination sey. Wir können uns diese Combination so denken, daß das Zahlungsmandat das prinzipale und mithin das Einkassirungsmandat nur ein von der Realisirung des ersteren abhängiges (eventuelles) ist: an diese Combination pflegt man bei der Anweisung nicht zu denken, vielmehr tritt in deren Begriff das Einkassirungsmandat in die erste Linie. Hiernach besteht die Combination beider Mandate darin, daß das Zahlungsmandat nur ein eventuelles, durch die Initiative des Inkassomandatars bedingtes ist; die Anweisung ist für den Zahlungsmandatar kein purum negotium, derselbe ist nicht schlechthin, sondern nur bedingt beauftragt zum Zahlen und braucht daher nicht die Initiative zu ergreifen. Demgemäß erfährt in vielen Fällen der Anweisung der Assignat überhaupt nur durch den Assignatar vom Zahlungsauftrag. — Welcher Art ist aber das in erster Linie stehende s. g. Einkassirungsmandat hierbei? Ich meine, daß wenn wir den reinen Assignationsbegriff festhalten, wir das Verhältniß des Assignaten als ein mandatum aliena gratia, als eine Ermächtigung des Assignatars auffassen müssen. Ob dieser auch verpflichtet, also von ihm ein wirkliches Mandat übernommen werde, bleibt quaestio facti (vergl. v. Keller Pand. §. 317.): in vielen Fällen wird es durchaus nicht der Intention der Contrahenten entsprechen, daß der Assignatar irgendwelche Diligenz leisten müsse, in anderen Fällen wird dies anzunehmen seyn (s. unten zu Fr. 5.); letzteres namentlich dann, wenn der Assignant der Gläubiger des Assignaten ist, obwohl auch dieser Umstand allein noch nicht als schlechthin entscheidend anzusehen ist, denn zuweilen übernimmt der Assignatar lediglich aus Gefälligkeit oder Höflichkeit gegen den Assignanten das Inkassogeschäft, indem er diesem dadurch eine Erleichterung oder Bequemlichkeit verschaffen, aber keineswegs sich selbst eine Verbindlichkeit aufbürden will. Abstrahiren wir völlig von den etwa zugrunde liegenden Verhältnissen, so erscheint die (reine) Assignation als eine Ermächtigung zum Inkasso mit einem Mandat an den Assignaten, dem Assignatar auf dessen Erfordern die Zahlung zu leisten. Höchstens läßt sich dies noch als eine vom Assignatar übernommene Beschränkung hinzufügen, daß er nicht, bevor er den Versuch der Eintreibung beim Assignaten gemacht, sich neuerdings gegen den Assignanten (als Schuldner) wenden darf. — Die s. g. kaufmännische Anweisung oder Assignation ist ein von obigem Verhältniß sehr verschiedenes, wesentlich an eine solenne Skriptur (des Assignanten) gebundenes und dem Wechsel nachgebildetes, ja eigentlich nur eine Varietät desselben darstellendes Rechtsgeschäft.]

tag präsentirt und protestirt werden, wenn die Regreßklage stattfinden soll?

5) Wird der Assignans durch die dem Assignatar gegebene Assignation liberirt, wenn dieser die Schuld von dem assignirten Schuldner einzutreiben vernachlässigt?

6) Ist derjenige, der von seinem Gläubiger angewiesen wird, die Schuld nicht an ihn, sondern an einen Dritten zu zahlen, und welcher dem Dritten irrthümlich mehr, als die Schuld beträgt, auszahlt, berechtigt, diesen Ueberschuß zurückzufordern, wenn der Dritte bis auf die ganze empfangene Summe von dem Gläubiger zu fordern hat?

7) Wird der Assignat gegen den Assignanten liberirt, wenn er die Zahlung erst nach dessen ihm unbekannt gebliebenen Tod dem Assignatar geleistet hat?

8) Hat die widerrufliche Natur eines Mandats auch bei der Assignation die Wirkung, daß der Assignans dem Assignatar dadurch, daß er dem Assignatus contremandirt, die bei diesem erwartete und bereits von ihm versprochene Zahlung wieder entziehen kann?

Zu **1)** Anweisung an sich involvirt niemals Zahlung. Es ist nicht einmal zum Begriff der Assignation nothwendig, daß der Assignatar Gläubiger des Assignanten sey. Es muß also ein anderes Geschäft zum Grunde liegen, und aus diesem, nicht aus der Assignation an sich, ist allein ein Rückanspruch des Assignatars an den Assignanten denkbar. Ist nun außer dem Geschäft der Assignation ein dergleichen Nexus zwischen dem Assignanten und dem Assignatar vorhanden, welcher den Ersteren zum Schuldner des Letzteren macht, so kommt es nur darauf an, ob der Letztere die Anweisung in der Art annimmt, daß er dadurch seine Befriedigung erhalten, mithin abgefunden seyn solle. Allein dies darf nie vermuthet werden, sowenig als irgend eine Novation, eine Delegation oder datio in solutum präsumirt wird; Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 278., v. Langenn u. Kori Erörter. prakt. Rechtsfragen Thl. I. S. 72 ff.*)

*) Abweichungen findet man indessen zuweilen in Provinzialrechten, z. B. in einer K. Sächs. Verordn. v. 28. Decbr. 1699., nicht nur in Beziehung auf das in der Leipziger Messe übliche Scontriren, sondern in Ansehung aller Assignationen, wenn die assignirte Post auf einem Wechselbrief beruht, und nicht minder bei Waaren- oder anderen gemeinen Handelsschulden; Gottschalk

z. B. der Weinhändler A. fordert von seinem Abkäufer B. eine Schuld von 40 Thlrn. ein, worüber B. ihm bereits einen Schuldschein ausgestellt hatte. Dieser gibt ihm eine Anweisung auf seinen Bruder C., und A. stellt dagegen dem B. einen Schein aus, worin er nicht blos bekennt, daß dieser ihm für 40 Thlr. eine Assignation an seinen Bruder zugestellt habe, sondern auch verspricht, die in Händen, aber dermalen nicht bei sich habende Handschrift dessen Bruder zuzustellen. Da aber dieser indeß fallirt, und A. noch den Schuldschein des B. in Händen hat, so klagt er nun aus demselben gegen den B., und dieser wird auch wirklich zur Zahlung verurtheilt; Schmidt hinter. Abhandl. Thl. II. S. 60. [Ueber gerichtliche Anweisungen sprach sich das Ob.-Trib. zu Stuttgart dahin aus: Der Satz, daß Anweisung keine Zahlung ist, und daher die bloße Anweisung des Gläubigers auf Activforderungen seines Schuldners keine Tilgung der Forderung bewirkt, findet in dem Verhältniß des Gläubigers zu seinem Schuldner und dessen Bürgen auch bei Gant- und anderen gerichtlichen Verweisungen seine volle Anwendung, da auch diese unter keinen anderen rechtlichen Gesichtspunkt, als denjenigen einer Anweisung fallen, und in den Gesetzen überall kein Anhaltspunkt für eine Ausnahme von obigem Satze bezüglich der Gantverweisungen liegt. Das Forderungsrecht des Gläubigers gegen den Schuldner und dessen Bürgen besteht daher der Verweisung ungeachtet so lange fort, bis der verwiesene Schuldner bezahlt hat, und es kann daher die im Gante des Hauptschuldners erfolgte Verweisung des Gläubigers für sich an dessen Rechte nichts ändern, den Bürgen, welcher auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat, auf sofortige Befriedigung um seine ganze Forderung gegen Abtretung seiner Rechte zu belangen. Seuffert's Archiv XIII. No. 221.]

Zu 2) Die bloße Assignation, wenn sie durchaus nichts als solche ist, reicht dazu keineswegs hin, zumal da keine rechtliche Vermuthung dafür gegeben ist, daß die Anweisung in Zahlung gegeben sey (s. insbesondere nach Sächs. Recht das Mandat v. 1699. §. 3.). Es ist daher nöthig, daß in einer besonderen Urkunde oder in der Assignation selbst ausgedrückt werde, daß der Assignant der Schuldner des Assignatars zur Zeit der gegebenen Assignation gewesen sey, was

---

Disc. for. T. II. cap. 18. pag. 207. Der Assignatar hat nämlich keinen Anspruch mehr an den Assignanten, wenn er nicht bei fruchtloser Zahlungsaufforderung an den Assignaten alles dasjenige beobachtet, was bei trassirten Wechseln erforderlich ist; s. auch Botzener W.-O. Art. 7.

durch die Worte: „Werth erhalten" zu geschehen pflegt. Dieses, den Nexus zwischen Assignanten und Assignatar sattsam beurkundende, und die Vermuthung, daß der Assignatar blos das Geld für den Assignanten bei dem Assignaten habe eincassiren sollen, ausschließende Bekenntniß allein begründet, neben dem durch einen Protest oder durch ein anderweites Bekenntniß des Assignaten zu liefernden Beweis, daß die Assignation von dem Assignaten nicht angenommen worden sey, den Executivproceß; Bauer Opusc. academ. T. I. pag. 461., v. Langenn u. Kori Erörter. prakt. Rechtsfr. Thl. I. S. 72 ff.

Zu 3) Das Wesen der bloßen Anweisung wird dadurch nicht verändert, aber zwischen dem Assignatar und dem, auf welchen sie überschrieben worden ist, entsteht ein Cessionsverhältniß. Insofern nun ein zur Gewährung verbindender Titel der Uebertragung zum Grunde liegt, ist verum nomen zu präſtiren. Die veritas nominis besteht dann in der Annahme der Assignation von Seite des Assignaten, die Verweigerung der Annahme hingegen berechtigt zur Forderung der Gewährleistung; v. Langenn u. Kori a. a. O. Die Frage: ob derjenige, auf den eine Anweisung durch Indossation übertragen wurde, anstatt seinen Indossaten zu belangen, seinen Regreß direct gegen den Assignanten zu nehmen berechtigt sey? wird zwar von Einigen bejaht, es dürfte aber dagegen der Rechtssatz entscheiden, daß bloße Anweisungen keine Wechsel sind, und daß man aus Verträgen nur den eigenen Contrahenten belangen kann, nicht aber den, gegen welchen dieser möglicher Weise seinen Regreß aus einem anderen Vertrage nehmen dürfte; s. d. Erkenntn. in Seuffert Archiv Bd. II. no. 42. Bd. III. no. 322. Bd. V. S. 280. [Ueber das Indossiren kaufmännischer Anweisungen, die den Wechseln nachgebildet sind, bestehen in einzelnen Staaten besondere Bestimmungen.]

Zu 4) Nach gemeinem Recht muß dies durchaus verneint werden. Nur das Wechselrecht schreibt zum Beweise, daß der Trassat zur Acceptation oder Zahlung aufgefordert sey, gerade die Form des Protestes vor, und eben nur dieses Recht verordnet bei Verlust der Regreßklage, daß ein Wechsel am Verfalltage oder am letzten Respecttage präsentirt werden müsse. Auch liegt nur in der summarischen Strenge des Wechselverfahrens der Grund, warum hier die Erfordernisse der Form so scharf bestimmt sind, keineswegs aber in der materiellen Natur einer Anweisung, daher in Ermangelung eines ausdrücklichen Gesetzes umsoweniger jene an sich schon ihre Singularität wegen einer engen Auslegung unterliegenden Bestimmungen des Wechselrechts, dessen Anwendung ja durch das einen ganz eigenen Contract

begründende Wort „Wechsel" bedingt wird, auf bloße Anweisungen auszudehnen sind; Stryck Us. mod. Pand. Lib. 18. tit. 4. §. 40.

Demungeachtet ist große Vorsicht für den Inhaber einer Anweisung nöthig, weil einzelne Landesrechte wirklich die Assignationen [s. g. kaufmännischen Anweisungen] den Wechseln ganz gleich gestellt haben, was die Erfordernisse der Präsentation, der Beobachtung bestimmter Zeit hierzu, der Protestation und der Einsendung des Protestes betrifft, und dies mit solcher Strenge, daß eine Versäumung den Verlust des Regresses an den Assignanten schlechthin nach sich zieht, unangesehen, ob denn ein Schade durch die Verspätung für den Assignanten entstanden sey und bewiesen werden könne oder nicht. Da kann denn auch die Frage entstehen, welche Gesetze in dieser Hinsicht zu beobachten sind, die des Domicils des Assignanten, oder des Orts, wo die Assignation präsentirt werden muß? Wohl möchten hier die letzteren den Ausschlag geben; Kosegarten im Archiv f. d. Handelsr. Bd. II. S. 389. In Bayern besteht nach Gesetz vom 29. Juni 1851. Art. 3. keine Verpflichtung für den Inhaber, die Anweisung zur Annahme zu präsentiren, und auch für Sachsen, wo rücksichtlich des Assignanten die Schuld an den Assignatar absolut als getilgt angenommen wurde, wenn Letzterer sich nicht des Regresses halber durch Beobachtung aller eben angedeuteten Erfordernisse prospicirt hat, bestimmt jetzt §. 4. d. Ges. v. 7. Juni 1849: Anweisungen werden nicht zur Annahme präsentirt.

Zu 5) Die Diligenz, zu welcher der Assignatar verbunden ist, weil ein Mandatar omnem culpam prästiren muß, l. 13. C. 4. 35. — l. 21. C. eod., bringt es nothwendig mit sich, daß derselbe die Gefahr des Verzugs tragen muß; Stryck Us. mod. Pand. Lib. 18. tit. 4. §. 46., Gottschalk l. c. T. II. pag. 205., Kosegarten a. a. O. S. 391., Schmidt hinterl. Abhandl. Bd. II. S. 60. Es fragt sich nur: von welchem Zeitpunkt an die Unterlassung der Beitreibung zur Schuld und Nachlässigkeit zugerechnet werden könne? Ist in der Assignation eine Zahlungszeit bestimmt, so ist es für den Assignatar Pflicht, diese geltend zu machen; ist dies aber nicht der Fall, so kann, da die Gesetze keine Zeit vorschreiben, blos dem Handelsgebrauch nachgegangen und hiernach arbitirt werden.*) Wenn

---

*) Stryck l. c. führt Handlungs-Parere dahin an, daß, wenn die Zahlung nicht in einigen Wochen erfolgt, der Assignatar dem Assignanten hiervon Nachricht geben müsse, und die Assignation nicht Monate lang bei sich behalten dürfe. Manche Landesordnungen haben durch positive Bestimmungen abgeholfen, z. B. die K. Sächsische Verordn. vom 23. December 1699., welcher

der assignirte Schuldner den Assignatar hinhält, und von Zeit zu Zeit zu zahlen verspricht, so wird Letzterer ebenfalls verantwortlich, wenn er nicht dem Assignanten davon sogleich Nachricht gibt; Stryck Us. mod. Pand. Lib. 18. tit. 4. §. 47. [Ueber die Diligenz des Assignatars erkannte das Ob.-Trib. zu Stuttgart: Hat ein Gläubiger von seinem Schuldner eine Anweisung auf dessen Schuldner angenommen, so hat er die Verpflichtung zuvörderst den Versuch zu machen, Zahlung von dem Assignaten zu erlangen. Dieser Pflicht hat er aber genügt, wenn er nur die Anweisung zur Zahlung präsentirt hat, und wenn ihm hierauf keine Zahlung von dem Assignaten geleistet wird, so steht ihm die Annahme der Anweisung nicht weiter im Wege, auf den Assignanten zurückzugreifen. Eine etwaige Nachlässigkeit oder ein Verzug des Assignatars in Ausführung des Einkassirungsmandats bewirkt an sich keinen Verlust des Rückgriffs des Assignatars auf den Assignanten. Aus der Verpflichtung des Assignatars zur fleißigen Ausführung des erhaltenen Mandats folgt nur, daß im Fall einer Verletzung dieser Pflicht der hieraus für den Assignanten erweislich erwachsene Schaden von dem Assignatar zu ersetzen ist. Hat aber die Nachlässigkeit oder der Verzug des Assignatars den Assignanten nicht in Schaden gebracht, so kommt solcher rechtlich in keinen weiteren Betracht (l. 8. §. 6. D. 17. 1.), und es kann der Assignant dem Assignatar, welcher von dem Assignaten keine Zahlung erhalten hat, aus dem Grunde jener ihm unschädlichen Nachlässigkeit die Zahlung seiner Schuld nicht verweigern. Seuffert's Archiv XIII. No. 220.]

Zu 6) Wir versinnlichen uns den Fall folgendermaßen: A. gibt dem B. den Auftrag: zahle du den Saldo, welcher mir aus den bei dir lagernden Waaren noch gut kommt, an den C. In Folge dieses Auftrags zahlt B. an C. 10,000 Rubel aus, welche C. wirklich an den A. zu fordern hatte. Hinterher fand aber B., daß er, durch eine Irrung seines Buchhalters verleitet, den Saldo, welchen A. bei ihm gut hatte, viel zu hoch angeschlagen hatte, vielmehr dem A. nur 4000 Rubel gut kämen. Nun belangt er den C. auf Rückzahlung der irrig zu viel bezahlten 6000 Rubel. Kann er damit durchdringen?

Für die bejahende Meinung scheint zu sprechen: a) der Irrthum bewirke Nichtigkeit des irrthümlich eingegangenen Geschäfts oder we-

---

zufolge der Assignatar bei Anweisungen, welche auf bestimmte Zeit lauten, längstens den Tag hernach, bei Unbestimmtheit der Zahlungszeit aber innerhalb 8 Tagen die Zahlung von dem Assignaten einfordern und, wenn dieselbe nicht erfolgt, die Assignation dem Assignanten zurückgeben muß.

nigstens Entschädigung desjenigen, welcher durch den Irrthum verletzt wurde. b) Von der condictio indebiti wird in l. 19. §. 1. D. 12. 6. gesagt: Obwohl Jemand etwas ihm Geschuldetes erhält, so steht gleichwohl, wenn der, welcher gibt, etwas nicht Geschuldetes gibt, die Zurückforderung zu; und in l. 65. §. 9. eod.: Indebitum est, — si id, quod alius debebat, alius quasi ipse debeat, solvat. Dagegen kommt aber in entscheidenden Betracht: zu a) daß zwischen B. und C. eigentlich kein Rechtsgeschäft stattgefunden hat, welches aus dem Grunde des Irrthums impugnirt werden könnte, denn er hatte blos einen Andern handelnd repräsentirt. Wer einem Andern Namens eines Dritten zahlt, contrahirt mit ihm gar nicht, und erlangt für sich aus dem Geschäft keine Klage. Wenn nun der Dritte, welcher eigentlich der Zahlende war, nichts als zu viel bezahlt behaupten kann, so ist das Geschäft ganz mangelfrei. B. hat nicht in Beziehung auf den Empfänger, sondern in Beziehung auf seinen Auftraggeber zu viel bezahlt, er kann also nur von diesem, mit dem allein er in obligatorischem Nexus stand, herausfordern, indem er auf seine Anweisung an den Dritten zahlte und ihn dadurch von dessen Ansprüchen befreite. — Zu b) Die condictio indebiti geht als eine rein persönliche Klage durchaus gegen keinen Dritten, wie dies C. dem B. gegenüber war, denn B. war mit C. in keinem obligatorischen Verhältniß, aus welchem er zu viel oder zu wenig hätte zahlen können. Indem er blos als Bevollmächtigter des A. zahlte, kann er sich auch wegen des zu viel Bezahlten nur an A. halten, dessen Vortheil er dadurch beförderte. Dem stehen die angeführten Gesetzstellen nicht entgegen, denn sie setzen voraus, daß Jemand in eigenem Namen zahlte, wo er nichts zu zahlen hatte, z. B. weil er sich fälschlich für den Erben des wahren Schuldners hielt; Donell. Comm. de jure civ. Lib. 14. cap. 13. Wer aber im Namen eines Andern zahlt, kann das, was der Dritte von diesem wirklich zu fordern hatte, nicht zurückfordern; l. 44. D. 12. 6. — l. 12. D. 46. 2. Dagegen möchte man zwar einwenden, B. habe die Zuvielzahlung keineswegs Namens des A. geleistet, denn dieser hatte ihn ja nur beauftragt, seinen Saldo an C. zu zahlen; insoweit er also diesem mehr zahlte, sey der Auftrag überschritten und der Ueberschuß daher nicht als Namens des A. gezahlt anzusehen. Allein B. zahlte doch in der Meinung, daß auch dieser Ueberschuß noch zum Guthaben des A. gehöre, und in der Absicht, seine Verbindlichkeit gegen ihn zu lösen; die Sache ist also so anzusehen, als ob er bei der Auszahlung des Guthabens des A. an ihn selbst geirrt hätte, so daß er eben nur gegen ihn die condictio indebiti

ohne Zweifel anstellen kann; Kosegarten im Archiv f. d. Handelsr. Bd. II. no. 23.

Zu 7) Nach den römischen Gesetzen bleibt das Mandat und sonach die Assignation nur dann noch giltig, wenn der Assignatar prästirt, während er von dem Tode des Mandanten oder Assignanten nichts weiß; §. 10. J. 3. 27. Aber nach einer allgemeinen, durch ganz Deutschland angenommenen Praxis in Ansehung der kaufmännischen Assignationen hört das dem Assignaten durch die Assignation gegebene Mandat, zu zahlen, durch den Tod des Assignanten nicht auf; Weiske's Rechtslex. Bd. I. S. 334.

Zu 8) Da der Begriff des Mandats dem ganzen Assignationsgeschäft zum Grunde liegt, so folgt allerdings: a) daß der Assignat, selbst wenn er Schuldner des Assignanten ist, doch die Freiheit hat, die Anweisung abzulehnen, und selbst sein dem Assignanten gegebenes Versprechen der Annahme zurückzunehmen, wenn er dies nur nicht intempestive thut, was bei keiner Mandatskündigung zulässig ist; b) daß auch der Assignant seine ausgestellte Anweisung zurückrufen kann, l. 12. §. 16. D. 17. 1.; alles dies aber nur unter der Voraussetzung, daß der Assignat noch nicht dem Assignatar sich durch Acceptation der Anweisung verbindlich gemacht hat, denn dadurch ist er nun des Assignatars Schuldner geworden. Durch die Acceptation der Anweisung hat sich nämlich der Assignat selbständig verpflichtet, was über die Grenzen des bloßen Mandats hinausgeht. Auch das römische Recht erklärt bei einer solchen Ueberschreitung der Grenzen des Mandats doch da, wo der Mandatar dem Dritten, welcher Gläubiger des Mandanten war, expromittirt oder ihm die Schuld des Mandanten constituirt hat, nicht nur denselben dadurch dem Dritten selbständig verpflichtet, l. 7. C. 8. 42., sondern ihn auch zum Regreß gegen den Mandanten berechtigt, nachdem er in Gemäßheit jener übernommenen Verpflichtung dem Dritten Zahlung geleistet hat; l. 45. §. 4. D. 17. 1. Diese Grundsätze können nun wohl gegen frühere abweichende Meinungen*) als allgemein anerkannt betrachtet werden,

*) Z. B. Stryck Us. mod. Pand. Lib. 18. tit. 4. §. 51. entscheidet ganz und gar gegen die Widerruflichkeit einer Assignation, weil sie nicht, wie das gewöhnliche Mandat, ein mandatum solius mandantis gratia, sondern mandantis et simul mandatarii gratia sey. Allein die Gesetze unterscheiden die verschiedenen Arten des Mandats nur in der Definition, nicht in den rechtlichen Wirkungen; s. dagegen Cocceji D. de assignationibus (in Exerc. curios. II. no. 33.). Andere behaupten im geraden Gegensatz ohne alle Einschränkung: der Assignant könne dem Geschäft jeden Augenblick ein Ende

s. d. Lehrbücher von Schweppe Bd. III. S. 279., v. Wening-Ingenheim Bd. II. (§. 257.) S. 323., Puchta §. 326., und besonders ist dies bei kaufmännischen Anweisungen angenommen; v. Martens Handelsr. §. 48., Bender Handelsr. Bd. II. Abthl. II. S. 29. 30. 33., Pöhls Handelsr. Bd. II. S. 35. 46. Nicht in der Hauptsache abweichend ist Heise u. Cropp jurist. Abhandl. Bd. II. no. 13. S. 357., denn es wird vom Verfasser eingeräumt, daß der Acceptant nach vollzogenem Accepte nicht mehr verpflichtet ist, die in seinen Händen befindliche Deckung an den Trassanten oder Assignanten oder deren Concursmasse herauszugeben, sondern daran ein Retentionsrecht üben kann wegen dessen, was er in Folge der übernommenen Verpflichtung demnächst an den Remittenten oder Assignatar zu zahlen hat. Nur die hiervon verschiedene, aber nicht minder wichtige und bestrittene Frage wird verneint, ob der Remittent ein ausschließendes Recht auf die bei dem Bezogenen befindliche Deckung selbst hat; eine Frage, welche ihre praktische Bedeutung besonders bei dem Ausbruch eines Concurses über das Vermögen des Acceptanten hat, und ganz vorzüglich, wenn dann auch der Aussteller insolvent wird. Höchst interessante Fälle und verschiedene Beurtheilungen hierüber s. außer Heise u. Cropp a. a. O. Bd. II. S. 346. auch Trummer im Archiv f. d. Handelsr. Bd. I. S. 113.

---

machen, Cocceji l. c. §. 33. 34. 38., und in den früheren Ausgaben s. röm. Privatr. auch noch Schweppe §. 488. Dafür scheint besonders l. 106. D. 46. 3. zu sprechen: cui vel alias permisero solvi, ei non recte solvitur, si, priusquam solveretur, denunciaverim promissori, ne ei solveretur. Allein durch das eigenthümliche, von einem bloßen Zahlungsauftrage an Jemanden ganz abweichende Verfahren bei trassirten Wechseln und Anweisungen, daß der Auftrag nicht an den Bezogenen dirigirt wird, sondern dem Remittenten (Assignatar) eingehändigt werden muß, dieser demnach als berechtigt charakterisirt wird, häufig sogar in der Assignation über die Valuta quittirt oder auch die Assignation an Ordre gestellt wird, wird dem Bezogenen oder Assignaten zu erkennen gegeben, daß er den Remittenten oder Assignatar als den eigentlichen Herrn des Geschäfts ansehen und sich mit ihm als solchen einlassen dürfe.

§. 278.

4. Negotiorum gestio.*)

§. 1. J. III. 28. de obligationibus, quae quasi ex contractu etc. Dig. III. 5. Cod. II. 19. de negotiis gestis.

1) Inwiefern kann man sich dadurch, daß man den Geschäften eines Andern sich ohne dessen Auftrag unterzieht, quasi ex contractu Ansprüche an diesen erwerben, oder auf was für Voraussetzungen ist die actio negotiorum gestorum contraria zu begründen?**)
2) Ist negotiorum gestio auch dann platzgreifend, wenn der dominus darum weiß, sich aber schweigend verhält?
3) Welche Klage findet statt, wenn der neg. gestor eigene und fremde Geschäfte zusammen betrieben hat?
4) Kann der gestor gegen einen Dritten klagen, welchen er dem dominus verbindlich macht, und kann er sich vom Dritten etwas für den dominus versprechen lassen?
5) Geht die act. neg. gest. contraria auch gegen den dritten Besitzer der Sache, in Ansehung deren das nützliche Geschäft geführt worden ist? Kann der gestor wenigstens das Retentionsrecht gegen denselben gebrauchen?
6) Wenn ich unternommen habe, die Geschäfte eines Abwesenden zu besorgen, erhalte aber hiernächst auch den Auftrag dazu von irgend einem Andern, habe ich da blos die Mandatsklage gegin den Letzteren, oder auch act. neg. gest. contrariam gegen den Abwesenden?
7) Wenn ich mich den Geschäften eines Andern unterzogen habe, dieser aber nun mir verbietet, fortzufahren, und ich gleichwohl das Geschäft nützlich besorge, steht mir da nicht

---

*) [Literatur: Chambon Die neg. gestio (Leipz. 1848). Ruhstrat Ueber neg. gestio (Oldenb. 1858). Dankwardt Die neg. gestio (Rostock 1855). Leist D. erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten (Jena 1855) S. 103 ff. Brinkmann Verhältniß der actio communi dividundo u. der actio negotior. gestor. zu einander (Kiel 1855). Köllner Die Grundzüge der oblig. negotiorum gestorum (Gött. 1856). Aarons Beiträge z. Lehre v. d. negot. gestio. 1. Abth. (Schwerin 1860). v. Keller Pand. §. 318. 319.]

**) Ueber die Frage: ob eine ohne Auftrag gepflogene Geschäftsführung durch Ratihabition in ein Mandat übergehe? s. oben §. 273. zu Fr. 4.

wenigstens für meine Verwendungen der Entschädigungsanspruch mittels der act. neg. gest. contraria zu?

8) Gibt es nicht doch Ausnahmsfälle, wo dem Verbot keine Wirksamkeit beigelegt werden kann?

9) Werden auch Unmündige und Minderjährige durch negotiorum gestio gegen den gestor verpflichtet?

10) Welchen Grad der culpa hat der neg. gestor zu prästiren? desgleichen dessen Erbe? Inwiefern kann Ersterer auch für den Zufall einstehen müssen?

11) Ist er auch für das, was er unterlassen hat, verantwortlich?

12) Ist er das unternommene Geschäft auch nach dem Tode des Geschäftsherrn fortzusetzen schuldig?

13) Inwiefern haftet er auch für seine Substituten?

14) Inwiefern fallen ihm auch Zinsen zur Last?

15) Haften Mehrere, welche sich in eine Geschäftsführung getheilt haben, in solidum oder nur pro rata?

Zu 1) Es wird vorausgesetzt, daß man das Geschäft eines Andern*) absichtlich,**) insonderheit mit der Intention, einen Anspruch

*) Gleichviel wessen; ein Irrthum des Geschäftsführers in der Person des Geschäftsherrn ist daher ohne Einfluß, l. 5. §. 1. l. 6. §. 7. 8. l. 45. §. 2. D. 3. 5. — l. 14. §. 1. D. 10. 3., dagegen hebt ein Irrthum in der Sache den Begriff der negotiorum gestio auf. Aus der irrigen Meinung, das Geschäft eines Andern zu besorgen, während es vielmehr mein eigenes ist, kann natürlich keine negotiorum gestio entspringen; l. 6. §. 4. D. 3. 5. Umgekehrt, wenn ich in dem Glauben, meine eigenen Geschäfte zu betreiben, die eines Andern gerire, kann zwar dieser gegen mich act. neg. gest. directam, ich aber kann nicht gegen ihn act. contrariam anstellen; v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 664. Anm. sub II. (S. 520. d. 6. Aufl.).

**) Dieses Moment wird — wenige aus besonderen Gründen entspringende Ausnahmsfälle abgerechnet (l. 14. §. 11. l. 32. pr. D. 11. 7. — l. 50. §. 1. D. 5. 3., Glück Thl. V. S. 346.) — nach der scharfsinnigen und gelehrten Ausführung von Kämmerer in Linde's Zeitschr. Bd. VIII. S. 137. 161. u. 341. als wesentlich anerkannt und die Zulässigkeit der act. neg. gest. contraria davon abhängig erklärt werden müssen. Wenn ich die Schuld eines Andern absichtlich in seinem Namen zahle, so kann ich den Ersatz unstreitig von ihm als dem gewesenen Schuldner act. neg. gest. contraria fordern, l. 43. D. 3. 5. — l. 16. C. 2. 19.; zahle ich sie aber in der Meinung, daß es meine eigene Schuld sey, so habe ich gegen den wahren Schuldner weder act. neg. gest., noch act. de in rem verso. Dieser wird dann durch meine Zahlung nicht einmal von seinem Gläubiger liberirt, l. 31. pr. D. 5. 3. — cf. l. 28. D. 17. 1. — l. 82. D. 23. 3., wohl aber habe ich

daraus an Jenen zu erhalten,*) zum Vortheil desselben,**) zwar ohne seinen Auftrag, aber auch nicht gegen sein Verbot unternommen

gegen den Empfänger cond. indebiti; l. 19. §. 1. 2. l. 65. §. ult. D. 12. 6. Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind indessen überaus getheilt, indem Viele in diesem Falle doch act. neg. gest. utilem gestatten. Mit Grund kann man aber der act. neg. contrar. nur dann stattgeben, wenn der eigentlich Verpflichtete wirklich durch mich von einer Zwangsverbindlichkeit befreit worden ist; v. Vangerow a. a. O. Am vollständigsten gibt die Literatur über diese Streitfrage Kämmerer a. a. O. Außer den dort angeführten Schriftstellern sind noch als mit seiner vorangeführten Meinung übereinstimmend zu bemerken: Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 291., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 602. no. 4., Puchta Pand. §. 327. Anm. d., Kritz Pandektenr. Thl. I. Bd. I. S. 441. und dessen Samml. v. Rechtsfällen Bd. I. S. 147. §. 8 ff.

*) Denn sonst wären ja die Leistungen geschenkt. — Es ist gleichwohl viel darüber gestritten, und steht mit der in voriger Note erwähnten Streitfrage in Zusammenhang, ob animus obligandi auf Seite des gestor nothwendig sey, um für ihn die act. neg. gest. contraria zu begründen. Dies sey — sagen Mehrere — nur nach der Subtilität des R. R. nöthig, nach dem Gerichtsbrauch aber nicht; genug, daß meine Handlung dem Andern, wenngleich nur zufällig und ohne meinen Vorsatz, nützlich ist, und er sich mit meinem Schaden bereichern würde; Glück Thl. V. S. 347., Walch controv. jur. civ. pag. 666., Schmidt Comm. über s. Vaters Lehrb. v. gerichtl. Klagen Bd. IV. §. 1079., Struben rechtl. Bed. Thl. III. Bed. 4. u. 76., Höpfner Instit. S. 985. Anm. 5. Allein man muß dagegen bemerken: Wenn für den Andern ein wirklicher Nutzen bewirkt worden ist, so gibt dies zwar allerdings einen Anspruch, aber aus einem andern selbständig verpflichtenden Grunde, für die act. neg. gest. contraria ist jedoch der nützliche Erfolg nicht immer nothwendig, macht daher nicht ihren wesentlichen Charakter aus; nur ohne die Absicht, sich den Andern zu verbinden, läßt sich die neg. gestio nicht wohl denken; Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 503., Unterholzner a. a. O. S. 602. IV. u. S. 610., Koch a. a. O. Diese muß aber auch in der Regel als vorhanden angenommen werden, da die Absicht zu schenken nicht vermuthet werden darf. Köllner Grundzüge der obl. neg. gest. S. 69.

**) Dieses Erforderniß zur Begründung der act. neg. gest. contraria ist wohl das Wichtigste, aber auch das Schwierigste. Daß sich der gerens der fremden Angelegenheit nicht um seines Nutzens willen unterzogen haben dürfe, ist zwar vornweg zweifelsfrei. Thut er dies, so kann er selbst für seinen Aufwand nicht weiter Entschädigung fordern, als der eigentliche Herr des Geschäfts dadurch bereichert ist; l. 6. §. 3. D. 3. 5. Hat er aber auch wirklich das Geschäft in der Absicht, einen Vortheil für denjenigen, welchen es angeht, zu bewirken, unternommen, so fragt sich weiter: genügt hier die vernünftige Absicht, oder muß auch der Erfolg wirklichen Vortheil gebracht haben, um den dominus zu verpflichten? Zwar darüber mag sich wohl mit Grund nicht zweifeln lassen, daß der Entschädigungsanspruch des gestor in dem Falle, wenn ein Vortheil schon wirklich erreicht war, und nur durch Zufall in der Folge wieder verloren ging, nichtsdestoweniger begründet sey, denn für den Zufall hat der

habe. Nur unter diesen Voraussetzungen gilt von den Handlungen des neg. gestor nach l. 9. D. 3. 5. necesse est, apud judicem pro

---

gestor in der Regel nicht zu haften; l. 10. §. 1. l. 12. §. 2. l. 22. D. 3. 5., Höpfner Instit. §. 937. Anm. 1., Mackeldey Lehrb. §. 461., Glück Thl. V. S. 351. u. 379. u. A. m. Aber sollte nicht ein Gleiches gelten, wenn der Vortheil, ungeachtet die Combination von Mittel und Zweck, Ursache und Wirkung vollkommen richtig war, nur durch einen nicht voraussichtlichen Unfall nicht zur Wirklichkeit gediehen ist? Angesehene Rechtsgelehrte bejahen dies allerdings, Unterholzner a. a. O. S. 609., Koch a. a. O. §. 294., Wächter im civilist. Archiv Bd. XX. S. 353., Köllner a. a. O. S. 82 ff., Leist D. erlaubte Eingreifen zc. S. 157 ff., und ihre Ansicht findet Bestätigung in l. 37. §. 1. D. 3. 5., insbesondere in der l. 10. §. 1. l. 12. §. 2. eod., welche der Klage des Geschäftsführers indistinct stattgibt, licet diversus exitus sit, ferner in jenen Gesetzstellen, welche das Gewicht hauptsächlich auf das judicium coeptum (nicht peractum) legen (ut enim eventum non spectamus, debet utiliter esse coeptum, l. 10. §. 1. D. 3. 5), desgleichen in l. 17. pr. D. 15. 3. Si procurator meus in negotia mea impensurus pecuniam mutuatus sine culpa eam perdiderat, recte eum hoc nomine mandati vel *negotiorum gestorum* acturum. Dieser Ansicht kommt wohl auch die Bestimmung der l. 11. D. 3. 5. zu Statten, wonach der Geschäftsherr sich die Compensation gefallen lassen muß, wenn durch einige Geschäfte des neg. gestor gewonnen, durch andere verloren wurde; denn, wenn schon das Mißlingen eines Geschäfts den neg. gestor des Anspruchs auf Entschädigung verlustig machen würde, was könnte dann den dominus hindern, nur das Nützliche für sich gelten zu lassen, dagegen, was Verlust brachte, von sich zu weisen? Gleichwohl beschränken andere Rechtslehrer den Anspruch des gestor bei weitem mehr. Am meisten beengt ihn Reinhardt Ergänzungen zu Glück Bd. II. S. 28. durch die ganz unhaltbare Behauptung: „daß durch die neg. gestio nur insofern ein Rechtsverhältniß zwischen den Parteien entstehe, als der Geschäftsherr wirklich das für ihn Geschehene als für ihn verbindend anerkennt." Anderseits wird behauptet, es komme nur darauf an, ob für das unternommene Geschäft der muthmaßliche Wille des dominus anzunehmen sey; Höpfner Instit. §. 937. S. 484., Kritz P.-R. Thl. I. Bd. I. 353. S. 394., welcher übrigens noch weiter erfordert, daß der Aufwand nicht die Summe desjenigen erreiche, was durch die neg. gest. erhalten oder gewonnen worden ist. Dies ist insoweit unwidersprechlich, als bei gewagten Geschäften darauf Rücksicht genommen werden muß, ob der Geschäftsherr dergleichen in seinen Geschäftskreis zu ziehen pflegte; allein im Allgemeinen gibt dies kein durchgreifendes Fundament für die Ansprüche des neg. gestor. Bloße Vermuthung wäre eine allzu unsichere und schwankende Grundlage, und überdem gibt es ja auch eine neg. gestio für solche Personen, welche gar nicht willensfähig sind, von welchen also auch keinerlei Wille präsumirt werden kann, wie Unmündige, Rasende, liegende Erbschaften. Will man aber auch auf einem so schwankenden Boden fußen, so geräth man noch auf eine weitere Schwierigkeit, insofern, was nützlich sey, nicht immer objectiv und absolut bestimmbar ist, vielmehr durch relative Beziehungen sich ganz verschieden gestalten kann. Wenn nun der gestor aus ganz ver-

rato haberi, wovon dann die Folge ist, daß der Geschäftsherr den neg. gestor schadlos halten, ihm alle nothwendigen oder nützlichen

---

nünftigen Gründen etwas in abstracto für nützlich hielt, was den Absichten des Eigenthümers gerade zuwider ist, so würde Letzterer einem gefährlichen Zwang unterliegen, wenn er sich fremden Ansichten von Nützlichkeit fügen müßte, daher bei differenten Ansichten doch immer die seinige entscheiden mußte; l. 10. §. 1. D. 3. 5. Nach alledem wird man am Ende gedrungen seyn, sich zu dem von Wächter im civilist. Archiv Bd. XX. S. 337. mit Scharfsinn und Gründlichkeit ausgeführten Princip zu bekennen: nur diejenigen Handlungen eines Andern, welcher sich um meine Sachen angenommen hat, bin ich schuldig, als mich verpflichtend anzuerkennen, welche ich selbst vernünftiger Weise wollen mußte, welche nämlich im Gebiet der Nothwendigkeit liegen, oder — nach v. Vangerow a. a. O. — wenn die Geschäftsführung geschah, um drohenden Schaden abzuwenden. Hiernach fallen alle in abstracto für nützlich zu achtenden Handlungen aus, welche es in concreten Verhältnissen nicht sind, z. B. wenn dieselben mit einem den Verhältnissen des Geschäftsherrn nicht angemessenen Aufwand verbunden waren, oder wenn der gestor ein Haus reparirt, welches der Besitzer, als ihm unnöthig, eingehen lassen wollte, oder wenn der gestor eine Schuld für mich bezahlt, gegen welche ich Einreden zu machen hatte; Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XVI. S. 377. Non utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam, vel quae oneratura est patremfamilias, adgreditur; l. 10. §. 1. D. 3. 5. Hiernach wird man auch die Streitfrage entscheiden müssen, ob ich dem, welcher eine mir entkommene Sache in der Absicht, sie mir zurück zu verschaffen, gekauft hat, den von ihm gezahlten Kaufpreis zu vergüten schuldig sey? — Insofern ich sie gegen Jeden unentgeltlich vindiciren kann, arg. l. 28. D. 18. 1. — cf. l. 11. §. 7. D. 19. 1. — l. 6 C. 8. 45., vertheidigt die verneinende Meinung wohl mit Recht Walch controv. jur. civ. pag. 590. §. 3. gegen die Dissentienten. — Dagegen, was vernünftiger Weise gethan werden mußte, z. B. das baufällige Haus des Abwesenden zu stützen, sein krankes Pferd der Cur zu unterwerfen, seine Sachen aus dem Brande zu retten, eine Auspfändung durch Geldanschaffung abzuwenden u. dergl., ist der dominus anzuerkennen schuldig, selbst wenn der Erfolg der Erwartung nicht entsprach. Man setze den Fall: Ein Geschäftsherr werde durch unvermuthete Zufälle an der gehofften schnellen Rückkehr gehindert; Jedermann weiß, daß durch Stillstand eines Commercialgewerbes dasselbe dem Erlöschen zugeführt und oft unersetzlicher Schade verursacht wird; wer daher für ihn, cujus negotia deperire iniquum erat, l. 5. pr. D. 44. 7., die Geschäfte in der gewohnten Art fortführt, dem wird der dominus unabhängig vom Erfolg zur Anerkennung derselben verpflichtet. Diese in den Gesetzen in der Art anerkannte Unabhängigkeit vom Erfolg hindert uns auch, mit mehreren Rechtsgelehrten das Fundament der act. neg. gest. in dem Grundsatze zu suchen: quod nemo cum damno alterius locupletior fieri debet. Dieser kann zwar allerdings eine Ersatzverbindlichkeit begründen, aber beschränkt, und daher nicht (wie z. B. in Höpfner Instit. §. 937. Anm. 5. u. Struben rechtl. Bed. Thl. III. Bed. 4. u. 76. geschehen) zu verwechseln mit dem weiter greifenden Princip des in Rede stehenden Quasicontracts: utilitas causa

Kosten und Auslagen mit Zinsen ersetzen und ihn von den des Geschäfts halber übernommenen Schulden und Verbindlichkeiten liberiren muß; l. 2. l. 19. §. 4. l. 28. in f. l. 45. D. 3. 5. — l. 10. l. 18. C. 2. 19. Daß die Geschäfte sowohl gerichtliche als außergerichtliche seyn können, Frauenspersonen aber nur letztere zu geriren fähig sind, liegt außer Zweifel; Glück Thl. V. S. 327.

Zu 2) Darüber, ob es zum Begriff der neg. gestio nothwendig sey, daß sie ignorante vel absente domino vor sich gehe, sind die Meinungen folgendermaßen getheilt. Die Einen behaupten, wenn der dominus um das Geschäft weiß, so hört es auf, negotiorum gestio zu seyn, wird vielmehr von da an Mandat; l. 60. D. 50. 17. Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur; Schweppe a. a. O. Bd. III. S. 502., Cocceji jus controv. Lib. III. tit. 5. qu. 2. Andere fügen nur die Einschränkung hinzu: der Begriff der neg. gest. werde dadurch, daß der Abwesende Kenntniß davon erhält, noch nicht geradezu aufgehoben, ein mandatum tacitum werde vielmehr nur in dem Falle begründet, wenn ein Anwesender die Geschäftsführung stillschweigend geschehen läßt, denn es sey von der Geschäftsführung in den Gesetzen in den zweierlei Fällen die Rede, ignorante *vel* absente domino; §. 1. J. 3. 28. — l. 2. l. 41. D. 3. 5., Glück Thl. V. S. 320. Wieder Andere behaupten, das bloße Stillschweigen des Geschäftsherrn zu den Handlungen, welche ein Anderer in seinen Angelegenheiten vornimmt, entscheide überhaupt nichts gegen eine wirkliche negotiorum gestio, Walch controv. jur. civ. pag. 668. §. 5.; allein die dort angeführten Gesetzstellen l. 19. §. 2. l. 46. D. 3. 5. beziehen sich nur auf ganz besondere Fälle, weshalb sie zur Abstrahirung einer Regel untauglich sind. Entscheidender für diese Meinung könnte etwa l. 24 C. 2. 19. scheinen. Hier wird nämlich, wie Marezoll im civilist. Archiv Bd. VIII. S. 265. bemerkt, der Geschäftsführungsklage nur von dem Moment an ein Ziel gesteckt, wo der dominus entweder schriftlich oder vor Zeugen Verbot einlegt. Der Kaiser wollte nämlich der Hinterlist desjenigen vorbeugen, welcher hinterher erst untersagt, nachdem er lange ruhig zugesehen hat, wie der neg. gestor viele Kosten für das Unternehmen aufgewandt hat. Alles reducirt sich demnach auf die vernünftige Beurtheilung der Fälle, in welchen eine stillschweigende Einwilligung (mandatum tacitum) angenommen werden darf; s. Bd. I. §. 36.

---

receptum est, ne absentium — desererentur negotia, quae sane nemo curaturus esset, si de eo, quod impendisset, nullam habiturus esset actionem; §. 1. J. 3. 26. (27.)

Zu 3) Diese wegen der verschiedenen Grade der culpa, welche bei den verschiedenen Klagen vorkommen können, nicht unerhebliche Frage ist dahin zu beantworten: War das Geschäft untheilbar, so kann der Andere nur mit den Theilungsklagen oder auch mit der act. pro socio gegen den gestor verfahren, l. 25. §. 16. D. 10. 2. — l. 6. §. 2. D. 10. 3., wiewohl der Geschäftsführer dann die Wahl hat, ob er seinerseits diese Klagen oder die act. neg. gest. contraria gebrauchen will; l. 31. §. 7. D. 3. 5. — l. 78. §. 2. D. 18. 1. — l. 3. C. 2. 19. — l. 18. §. 1. C. 3. 36. Ist das Geschäft aber theilbar, und hätte mithin der Interessent seinen Antheil allein besorgen können, so findet die act. neg. gest. wegen des Theils der Geschäfte statt, welcher dem gestor fremd ist; l. 40. D. 3. 5. — l. 6. §. 2. D. 10. 3. — l. 41. D. 12. 1. verb.: earum autem etc., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 497. not. 1. Vergl. dazu Brinkmann Verhältn. der act. communi divid. etc. S. 63 ff.

Zu 4) Das Erstere muß verneint werden nach l. 6. §. 12. D. 3. 5.; das Zweite würde zwar nach den stricten Grundsätzen des R. R. auch nicht angehen; in Deutschland aber nimmt man an, daß der gestor sich geradezu für den dominus versprechen lassen könne. Daraus folgt denn, daß Letzterer gleich anfangs berechtigt ist, und daß der gestor den Promittenten nicht wieder entbinden kann, was ihm sonst, wenn er eigentlich nur für sich selbst paciscіren würde, nothwendig freistehen müßte; Schweppe a. a. O. §. 592. S. 506.

Zu 5) Nein; wenn z. B. der Eigenthümer das Haus verkauft, welches ich in seiner Abwesenheit repariren ließ, so kann ich die Klage gegen den Käufer als dermaligen Besitzer des Hauses nicht anstellen, Glück Thl. V. S. 378. Auch das dem Geschäftsführer sonst unbestreitbare Retentionsrecht würde er gegen den Käufer nicht ausüben können.

Zu 6) Das Zusammentreffen eines Mandats mit der neg. gestio kann an dem aus der letzteren entspringenden Rechtsverhältniß wohl nichts ändern, ich habe sowohl das Klagrecht gegen den Auftraggeber (welcher dadurch auch eigentlich neg. gestor des Geschäftsherrn geworden ist), als auch die act. neg. gest. gegen den Geschäftsherrn selbst; Kritz Samml. v. Rechtsf. Bd. I. §. 8. u. 9. S. 147., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 497. So auch in folgendem Falle: B. übernimmt die Geschäfte des A. als negotiorum gestor, überträgt sie aber hierauf weiter dem C. zur Besorgung. Hier hat C. nicht nur ohne allen Zweifel die Mandatsklage gegen den B., man wird ihm aber auch die Geschäftsführungsklage gegen den A. zugestehen müssen. Früher hat

man zwar die Einschränkung für nöthig gehalten: „wenn C. gewußt habe, daß das ihm von B. übertragene Geschäft den A. angehe"; allein dieser Zweifel fällt durch das neuere Recht hinweg, nach welchem ein Irrthum in der Person des Geschäftsherrn das Klagrecht des gestor nicht aufhebt, Thibaut civilist. Abhandl. no. 20., wo auch die dagegen von Heinecken D. de negotiatione quam vocant speditoriam. Heidelb. 1811. pag. 34—37. besonders aus l. 53. D. 17. 1. geschöpften unerheblichen Zweifel durch die Bemerkung, daß diese Stelle gar nicht von der neg. gestio, sondern vom Mandat handelt, widerlegt sind.

Zu 7) Die Billigkeit scheint freilich sehr für die bejahende Meinung zu sprechen, welche unter den älteren Juristen von Proculus vertheidigt worden war; allein den zwischen ihm und Julian hierüber bestandenen Streit hat Justinian in l. 24. C. 2. 19. dahin entschieden, daß für das nach dem förmlichen Verbot Geschehene dem gestor durchaus kein Anspruch zustehe, weil er unmöglich die Absicht haben konnte, sich den dominus verbindlich zu machen, folglich nur der Begriff einer Schenkung denkbar ist; Höpfner Institt. §. 956. Anm. 6., Glück Thl. V. §. 420. S. 338. Es ist daher als eine unzulässige Willkür zu verwerfen, wenn Voet Comm. ad Pand. Lib. III. tit. 5. §. 11. noch das Gegentheil behauptet. [Justinian hatte in l. 24. cit. zugleich bestimmt, daß, damit der neg. gestor nicht chicanirt werde, der Geschäftsherr sein Verbot vor Zeugen kund thun, und der neg. gestor nur wegen der nach erfolgter Insinuation des Verbots gemachten Aufwendungen der Klage verlustig seyn solle; s. Marezoll im civilist. Archiv VIII. S. 265., Chambon Die negot. gestio, S. 80. Es fragt sich, ob diese Form heutzutage noch zu beobachten sey. Köllner Die Grundz. der obl. neg. gest. S. 87. ist der Ansicht, daß jede sichere Kunde des neg. gestor von dem Verbot, mag dasselbe gegen die Besorgung seiner Geschäfte überhaupt oder nur gegen die Person des Gestors speciell gerichtet seyn, diesen von der Geschäftsführung fern halten, bezieh. entfernen und ihm die actio contraria entziehen müsse.

Die Regel: invito negotia non geruntur, leidet übrigens dann keine Anwendung, wenn der neg. gest. gesetzliche Obliegenheiten des dominus negotii übernommen und erfüllt hat, da solchenfalls der Unterlassungswille des Letzteren ein gesetzwidriger wäre. So hat sich das O.-A.-G. zu Jena (s. Seuffert's Archiv XIV. No. 94.) ausgesprochen. Unter Umständen könnte jedoch der Widerspruch, wenn er

gerade nur gegen die Persönlichkeit des neg. gestor gerichtet ist, wohl gerechtfertigt seyn.]

Zu 8) Daß der Widerspruch eines solchen Geschäftsherrn, welcher gar nicht willensfähig ist, wie der eines Kindes, eines höchst Betrunkenen u. dergl. nicht in Betracht kommen könne, versteht sich von selbst. Man muß dies aber auch wohl dann gelten lassen, wenn dem Widersprechenden eine Befugniß zum Widerspruch nicht zugeschrieben werden kann, weil derselbe in das öffentliche Recht störend eingreifen würde; z. B. wenn der Erbe, während er keine Anstalt zur Beerdigung seines Erblassers macht, es gleichwohl einem Andern verbietet, sich derselben zu unterziehen, l. 14. §. 13. D. 11. 7. — Glück Thl. V. §. 421. S. 342. zieht zwar auch den Fall hierher, wenn Jemand gegen das Verbot des Eigenthümers eine die Gefahr des Einsturzes beseitigende Reparatur des Hauses ausführt. Allein er geht hier zu weit, denn obgleich auch hierbei ein Interesse rei publicae behauptet werden kann, ne urbs ruinis deformetur, so würde dann doch zu sehr in die Freiheit des Eigenthums eingegriffen, daher der Meinung Glück's die l. 10. D. 3. 5. entgegensteht. Der Hauseigenthümer kann ja sein Haus derelinquiren, und Dritte können sich durch die cautio damni infecti gegen mögliche Nachtheile sichern; Heimbach Beitr. Bd. I. no. 12.

Zu 9) Ihre Verpflichtung ist nur eine beschränkte: contra impuberes quoque, si negotia eorum urgentibus necessitatis rationibus utiliter gerantur, in quantum locupletiores facti sunt, dandam actionem, ex utilitate eorum receptum est; l. 2. C. 2. 19. — l. 5. pr. D. 26. 8. Das Gesetz spricht hierüber so bestimmt, daß eine entgegengesetzte von Thomasius Diss. de pseudo-privilegio pupilli conventi actione contraria neg. gest., vid. Tom. II. Diss. pag. 231., vertheidigte Meinung nicht in Betracht kommen kann; Walch controv. jur. civ. pag. 669. §. 6., Glück Thl. V. S. 380., Schweppe a. a. O. S. 496. Man sieht hierbei auf den Zeitpunkt, wo die Geschäftsführung angefangen wurde, es ändert daher nichts, wenn der Mündel während des Laufs der Geschäftsführung die Mündigkeit erreicht hätte; l. 15. D. 3. 5. Umgekehrt, wenn ein Pupill negotia alterius geirrt hat, ist er wegen der daraus für ihn erwachsenen Verpflichtungen nur insoweit klagbar, als er bereichert ist; wenn er aber selbst klagt, so muß er sich gefallen lassen, daß er als vollständig verpflichtet, wenigstens in so weit er geschäftig gewesen ist, betrachtet werde; l. 3. §. 4. D. 3. 5., agendo autem compensationem ejus, quod gessit patitur. Unterholzner

Schuldverh. Bd. II. S. 607. IV.; s. auch Glück a. a. O. lit. b., welcher jedoch hierüber ganz dunkel geworden ist.

Zu 10) Gegen frühere bei Walch controv. jur. civ. pag. 667. §. 4. angeführte Dissentienten, welche, wie auch Höpfner Instit. §. 937. not. 2. dem neg. gestor nur den mittleren Grad des Fleißes zumuthen zu dürfen glaubten, kann man es jetzt als allgemein anerkannt betrachten, daß derselbe regelmäßig omnem culpam zu prästiren habe, und omnem diligentiam — nicht blos quam in rebus suis — anzuwenden verbunden sey. Auch kann man nicht zugeben, daß dies, wie Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 3055. annimmt, nur dann stattfinde, wenn durch das Dazwischentreten des gestor ein Anderer, welcher fleißiger und gewissenhafter gewesen wäre, von der Besorgung abgehalten wurde. Vielmehr muß der gestor nach einer richtigen Erklärung des §. 1. J. 3. 27. darthun, so viel Fleiß angewendet zu haben, daß kein Anderer die Sache füglich besser gemacht haben würde; cf. Paul. sent. rec. I. 4. §. 1. arg. l. 25. §. 16. D. 10. 2. — Glück Thl. V. S. 351. §. 422 a. u. S. 363., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 604. Anm. e., Cocceji jus. controv. Lib. III. tit. 5. qu. 7., Walch controv. jur. civ. pag. 667., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. S. 229., v. Hartitzsch Entscheid. S. 191., ferner die Lehrbücher von Schweppe Bd. III. S. 500. Anm. 3, Thibaut §. 629. (Ed. 8.), v. Wening-Ingenheim Bd. II. S. 325. (§. 259.), Köllner Die Grundz. d. obl. neg. gest. S. 97. u. A. m. Auch über die Ausnahmsfälle findet man die Rechtsgelehrten im Wesentlichen übereinstimmend, und zwar

a) wo eine geringere Haftung, nämlich nur für dolus und culpa lata stattfindet: dies ist der Fall, wenn die Geschäftsführung unter sehr dringenden Umständen stattgefunden hat, z. B. zur Abwendung eines Vermögensbruches, l. 3. §. 9. D. 3. 5. [s. Chambon Die neg. gestio S. 105. u. Köllner a. a. O. S. 98.], oder wenn die Sache außerdem unvermeidlich zu Grunde gegangen wäre, Glück Thl. V. S. 368., Löhr Theorie der culpa §. 24. a. E., desgleichen, wenn die Geschäftsführung unfreiwillig unternommen wurde; l. 3. §. 8. D. 3. 5., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 293.

b) Wo ein höherer Grad von Haftung eintritt. So muß man selbst für unverschuldete Unfälle einstehen, wenu man 1) gegen ausdrückliches Verbot gehandelt hat, l. 8. §. 3. D. 3. 5. ita tamen, ut is, qui prohibuit, ex nulla parte aliquid damni sentiat. 2) Wenn das unternommene Geschäft ein neues und von der

Art ist, wie der Geschäftsherr nicht zu unternehmen pflegte; interdum etiam casum praestare debes, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine ejus geras; l. 11. D. 3. 5., Wächter im civil. Archiv Bd. XX. S. 359. — 3) Wenn der Geschäftsführer eigentlich nur um seines eigenen Vortheils willen sich des Geschäfts angemaßt hat; arg. l. 6. §. 3. D. 17. 2., vgl. mit l. 32. eod., Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 605. — Thibaut Syst. §. 629. (Ed. 8) setzt hierbei — abweichend von Andern — eine Arglist voraus. Unstreitig hat dann der gestor einen Anspruch an den Geschäftsherrn auch nicht weiter, als dieser bereichert ist; Glück Thl. V. §. 421. S. 342. u. §. 426. S. 379. Aus allen diesen Ausnahmsfällen zieht Voet Comm. ad Pand. Lib. III. tit. 5. §. 5. die Regel ab: Quoties non potest dominum convenire actione contraria, nisi quatenus is locupletior factus est, falle immer der Zufall dem neg. gestor zur Last. Der Erbe desselben haftet nur für vom Erblasser begangenen dolus und culpa lata; l. 12. D. 44. 7. — l. 17. C. 2. 19. Unrichtig behauptet die Glosse zu l. 17. cit., daß der Erbe culpam levem prästiren müsse; s. dagegen Glück Thl. V. S. 368., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 3035. lit. D.

Zu 11) Wenn der Geschäftsführer auch nicht die Angelegenheiten des dominus überhaupt zur Besorgung übernommen hat, so muß er doch das, was er übernommen, vollständig thun, und darf nichts, was damit in Berührung steht,*) unterlassen; denn er hat einmal dieses Geschäft freiwillig übernommen, und dadurch konnte ein Anderer von demselben abgehalten werden, welcher als sorgsamer und fleißiger Mann auch das von ihm Unterlassene in richtiger Erkenntniß des begründeten Einflusses gethan hätte; l. 6. §. 12. D. 3. 5. — l. 20. C. 2. 19., Puchta Pand. §. 328., Höpfner Instit. §. 938. — Indessen kann auch derjenige, welcher sich der Angelegenheiten eines

*) Ein besonderer Unterschied, welchen Manche zwischen trennbarem und untrennbarem, Schweppe a. a. O. Bd. III. §. 589., mittelbarem und unmittelbarem Zusammenhang annehmen, Glück Thl. V. §. 422 b., scheint nicht im Sinn der oben angeführten Gesetze zu liegen. (Gut erklärt ist insbesondere l. 20. C. 2. 19. von Hasse die culpa d. R. R. S. 354.) Auch v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 326. (§. 260.) scheint die Verantwortlichkeit des gestor für Unterlassungen zu sehr zu begrenzen, wenn er sie auf dasjenige beschränkt, was getrennt von seiner Geschäftsführung gar nicht besorgt werden konnte. Vergl. Brinkmann Verhältn. der actio communi divid. und der act. neg. gest. zu einander. S. 63 ff.

Andern im Allgemeinen unterzogen hat, für Unterlassenes natürlich dann nicht verantwortlich seyn, wenn er es ohne eine wirkliche Vollmacht nicht thun konnte, wie z. B. bei Einklagung ausstehender Schulden der Fall ist, wenn er nicht anders ein mandatum praesumtum hat, und cautionem rati ohne besondere Schwierigkeit leisten konnte; Glück Thl. V. S. 370.

Zu 12) Daß der Tod des Geschäftsherrn nicht zur Unterbrechung der angefangenen Geschäftsführung berechtige, ist unzweifelhaft ausgesprochen in l. 21. §. 2. D. 3. 5. cf. l. 17. §. 3. D. 13. 6.

Zu 13) Er haftet nur wegen unvorsichtiger Auswahl; l. 21. §. 3. D. 3. 5., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 607. F.

Zu 14) Er hat a) landesübliche Zinsen zu prästiren, wenn er Capitalien nicht gehörig ausleiht, wo sonst der dominus auszuleihen pflegt, l. 13. §. 1. D. 22. 1., oder solche nicht zur Schuldabtragung verwendet, l. 13. D. 3. 5. — b) Verzugszinsen, bei verspäteter Ablieferung des über Abzug der Kosten vorräthigen Geldes, desgleichen wenn er seine Schuld an den dominus nicht abträgt; l. 6. §. 12. D. 3. 5. Ja, es wird durch die neg. gestio des Schuldners die vorige Schuldklage dergestalt in eine act. neg. gestorum verwandelt, daß, wenn etwa der Schuldner nur ex causa temporali verbunden war, und die Schuldklage während der Geschäftsführung durch Zeitablauf erloschen seyn sollte, der Schuldner nun immer noch mit der act. neg. gest. belangt werden kann; l. 8. D. 3. 5. — Auch wenn er vorräthige Gelder müßig liegen läßt, hat er, wenn er ein Geldgeschäft übernommen hat, die Zinsen zu entrichten, l. 37. §. 1. D. 3. 5., wenn er nicht das Geld zu nöthigen Zwecken, z. B. zur Zahlung gekündeter Hypothekschulden aufzubewahren veranlaßt war; l. 13. D. 3. 5. — c) Von Capitalien, welche er sich bona fide zuschreibt, hat er die gewöhnlichen Zinsen zu prästiren; arg. l. 9. §. 7. l. 54. D. 26. 7., Schweppe a. a. O. Bd. III. §. 589., v. Wening-Ingenheim a. a. O. Bd. II. S. 326. (§. 260.), die höchsten Zinsen aber, wenn er Gelder des Geschäftsherrn unredlich zu eigenem Vortheil benutzt; l. 38. D. 3. 5.

Zu 15) Wenn Mehrere sich in eine Geschäftsführung getheilt haben, so haftet Jeder nur für Dasjenige, was er übernommen hat; l. 26. D. 3. 5., Unterholzner a. a. O. S. 607.

Anhang.

I. Als unentgeltliche und freiwillige Besorgung fremder Angelegenheiten kommt auch die Besorgung des Begräbnisses eines Verstorbenen vor. Als eigentliche neg. gestio erschiene sie wohl nur, wenn bereits ein Erbe — dessen Obliegenheit es zunächst ist — die Erbschaft angetreten hat, aber es ist auch eine eigene Klage gegeben, wenn noch kein Erbe vorhanden ist, actio funeraria, s. l. 1. D. 11. 7. Qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede; Glück Thl. XI. §. 772., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 775. Von der act. neg. gest. abweichend ist diese Klage insofern, als bei ihr noch mehr Rücksicht auf Billigkeit genommen werden soll, l. 14. §. 13. D. 11. 7., und daß ihr weder ein Verbot des eigentlich Verpflichteten, wenn der Kläger dagegen eine justa causa anführen kann, entgegengesetzt werden kann, noch der Umstand, aus der Meinung eigener Verpflichtung für das Begräbniß thätig gewesen zu seyn, die Klage ausschließt; l. 14. §. 6—16. D. 11. 7. Sie ist aber nur in subsidium zulässig, wenn derjenige, welcher die Begräbnißkosten aufgewendet hat, durch keine andere Klage seine Auslagen wieder erhalten kann, l. 14. §. 12. 15. D. 11. 7., und setzt voraus, daß man das Begräbniß nicht auf eine kärgliche, dem Stand und Vermögen des Verstorbenen nicht angemessene Weise, welche zu seiner Beschimpfung gereichen würde, bewerkstelligt habe; l. 14. §. 6. D. 11. 7. Dagegen ist auch ein Privilegium im Concurs für die bestrittenen Leichenkosten, sowie für die Kosten der letzten Krankheit des Verstorbenen (wenigstens nach allgemeinem Gerichtsgebrauch, Schweppe a. a. O., Glück a. a. O. S. 446.) gegeben, für welche der Kläger, wenn sie mäßig und wahrscheinlich sind, in Ermangelung anderer Beweismittel auch zur eidlichen Bestärkung gelassen zu werden pflegt; Glück a. a. O. §. 774. S. 449. — Da die Klage ausgeschlossen ist, wenn das Begräbniß aus reiner Pietät besorgt wurde, welche bei Kindern vermuthet wird, so erfordert die Vorsicht einen Vorbehalt, falls sie nicht schon entschlossen sind, die Erbschaft anzunehmen; l. 14. §. 7. D. 11. 7., Glück a. a. O. S. 438., Schweppe a. a. O. §. 775. Anm. 5. Ueber das Recht der Beerdigung entscheidet das Consistorium, über den Kostenaufwand der weltliche Richter; Glück a. a. O. S. 450., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XI. tit. 7. §. 34. Bestritten ist, ob auch der, welcher nicht selbst das Begräbniß besorgt, sondern nur dem Besorgenden das Geld dazu geliehen hat, die act. funeraria habe. Bejahend erklärt

sich Glück a. a. O. S. 440. Verneinend Schweppe a. a. O. §. 776. S. 8. Von der neg. gestio bezüglich der Beerdigung eines Verstorbenen, s. auch Kap. XXIX. Fr. 2.

II. Sehr verwandt mit der act. neg. gest. ist nach l. 3. §. 2. D. 15. 3. die *actio de in rem verso,* weshalb sich hier das Charakteristische der letzteren zweckmäßig anreiht.

Die act. de in rem verso kannst du nur dann gegen mich begründen, wenn du meine Geschäfte, und zwar direct, zu meinem Nutzen besorgt hast, wobei sich von selbst versteht, daß du dabei die Absicht gehabt hast, mich zu verpflichten. Daß durch Unfälle der für mich beabsichtigte Vortheil verloren gegangen ist, befreit mich nicht von der Verbindlichkeit.

Nicht begründet ist aber die Verbindlichkeit: 1) wenn der Aufwand, den du für mich gemacht hast, nicht von der Art ist, daß ich wenigstens der Schicklichkeit und Anstands halber, oder nach der Weise meines Geschäftsbetriebs denselben selbst hätte machen müssen; 2) wenn aus deiner Handlung für einen Andern blos mittelbar ein Vortheil für mich erwächst, l. 7. §. 4. 5. l. 10. §. 2. l. 11. D. 15. 3., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XV. tit. 3. §. 9., Seuffert's Archiv Bd. I. no. 211. Bd. IV. no. 221., Seuffert P.-R. Bd. III. §. 491. Einen instructiven Fall s. die mehrangeführten Bl. f. R.-A. Bd. XX. S. 345. In einer zwischen dem Bäcker K. und seinen Gläubigern gepflogenen Verhandlung wurden die an jeden derselben zu zahlenden Beträge festgesetzt, deren Zahlung sodann die Wittwe H. übernahm, gegen das Versprechen des Schuldners, ihr für den Gesammtbetrag eine Hypothek auf seinem Anwesen zu bestellen, und denselben bis zur Zahlung mit 4 Procent zu verzinsen. Die Hypothekbestellung fand nicht statt, und die Wittwe H. mußte in dem nach dem Tode des K. ausgebrochenen Concurse ihre ganze Forderung verlieren. Die Wittwe H. forderte nun den Ersatz ihres Verlustes von der Wittwe des K. und begründete ihren Anspruch an diese als in allgemeiner Gütergemeinschaft gestanden, sowohl ex act. de i. r. v. als act. neg. gest. Ihrer Klage wurde aber in beiden Rücksichten nicht Statt gegeben, indem das O.-A.-G. in München einen blos mittelbaren Vortheil der K. nicht als Grund der a. i. r. v. gelten ließ, und weil der K. nicht in ihrer, sondern in seiner Angelegenheit als Hauptschuldner mit seinen Gläubigern gehandelt hatte, auch nicht behauptet war, daß K. die H. in der Absicht mit der Zahlung seiner Schulden beauftragt habe, die Beklagte in Betreff der ihr obliegenden Mithaftung für die Schulden zu liberiren; vgl. Glück Thl. XIV. S. 402 ff.

§. 279.

5. Verwaltung fremder Sachen.*)

1) Inwiefern ist in Streitpunkten, welche sich im öffentlichen Rechnungswesen zwischen dem Rechnungsführer und seinem Vorgesetzten ergeben, die obere Administrativ-Behörde oder die Justizstelle competent?
2) Wer ist im Rechnungsproceß als Kläger oder Beklagter anzusehen, wie ist mit Zutheilung der Beweislast und sonst zu verfahren?
3) Die Absonderung des liquidi vom illiquido macht einen sehr wichtigen Punkt im Rechnungsverfahren aus, weshalb die Frage entsteht, wie mit Feststellung eines respectiven liquidi zu verfahren sey?
4) Kann ein verrechnender Beamter, wenn er die Rechnungen auf mehrere Jahre ordnungswidrig hat anwachsen lassen, den Passiv-Receß der früheren Rechnung zu zahlen angehalten werden, ehe von der letzten Rechnung der Calcul gezogen ist?
5) Können blos öffentliche Administratoren oder auch Privatverwalter zur Verzinsung der durch Retardirung der Rechnungen zurückgebliebenen Cassenbestände angehalten werden? und von welchem Zeitpunkt an hat der Rechnungsführer seinen Passiv-Receß zu verzinsen?
6) Kann auch der Rechnungsführer Zinsen von seinem Activ-Receß fordern, und von welcher Zeit an?
7) Wenn der Verwalter durch unbefugtes Creditiren Einnahmsreste hat anschwellen lassen, ist der dominus dann schlechthin

*) Verwaltungsgeschäfte fallen zwar auch unter die Regeln des Mandats, haben aber auch manches Eigenthümliche, was nähere Beleuchtung erfordert. Durchaus finden die Grundsätze vom Mandat Anwendung, insofern der Verwalter von der bisherigen Art des Geschäftsbetriebs nicht ohne erhebliche Ursachen abweichen darf, Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 296., keine Rückstände dulden, nicht weiter Credit geben soll, als es im Lauf des Geschäftsbetriebs gewöhnlich ist, oder das Geschäft ohne solchen Credit nicht betrieben werden kann, die Gelder nicht für sich benutzen darf, gegen Besitzstörungen und, wo er sonst als vermutheter Bevollmächtigter zugelassen wird, rechtzeitig Klage erheben, die schuldigen Lasten und Verbindlichkeiten rechtzeitig erledigen, oder aber die aus der Unterlassung entstehenden Kosten und Schäden tragen muß, endlich über alle Geschäfte ordentliche mit den erforderlichen Belegen (vergl. jedoch oben §. 274. zu Fr. 12.) versehene Rechnung alljährlich abzulegen verbunden ist.

befugt, sie ihm heimzuweisen, oder nur dann die Vergütung zu fordern berechtigt, wenn die Restanten erst in Folge der ihnen gegebenen Nachsicht uneinbringlich geworden sind?

8) Ist der säumige Administrator auch für den Zufall verantwortlich, welcher den Cassenbestand trifft?

9) Welche Nachtheile treffen den dominus in Beziehung auf die Responsabilität des Rechnungsführers, wenn er die allenfallsigen Rechnungs-Erinnerungen oder die Rechnungs-Justificatur ungebührlich verzögert?

10) Wird der Bürge des Verwalters befreit, wenn der Herr sich in Ansehung der Oberaufsicht über den Rechnungsführer Nachlässigkeiten hat zu Schulden kommen lassen?

11) Hat der Rechnungsführer auch eine stillschweigende Hypothek an den von ihm verwalteten Gütern seines Principals oder wenigstens ein Retentionsrecht?

12) Inwiefern können revidirte und approbirte Rechnungen in der Folge noch angegriffen werden?

13) Ist ein dem Beamten zur Last fallender Rechnungs-Receß im Fall ehelicher Gütergemeinschaft für eine Eheschuld zu achten, oder wer hat den Beweis, daß solche Schuld nicht zum ehelichen Nutzen gereicht hat, zu führen?

14) Inwieweit ist der Gutsherr aus den Handlungen seines Oeconomieverwalters verbunden?

Zu 1) Bezüglich der öffentlichen Rechnungsführer, deren Verpflichtung zu öffentlichen Zwecken die allgemeine Wohlfahrt gar sehr berührt, erscheinen gewisse Administrativ-Maßregeln als gerechtfertigt, welchen sich ein Privatrechnungsführer nicht zu unterwerfen braucht. Indem hierüber im Allgemeinen auf die Bestimmung der Grenzen zwischen Administrativ- und Justizgewalt verwiesen werden muß, deren Erörterung hier viel zu weit führen würde, mag es an einigen speciellen Bemerkungen genügen. Die Vollziehungsmaßregeln gegen einen nach Ablauf des Rechnungstermins mit der Rechnungsablage säumigen öffentlichen Verwalter stehen unzweifelhaft der oberen Administrativbehörde zu. Private können — in so weit nicht der Dienstvertrag den Verwalter gewissen Conventionalstrafen unterwirft — wohl nur im Mandatsproceß, welcher noch durch die meistens auf dem Verzug haftende Gefahr desto mehr begründet werden kann, durch gerichtliche Hilfe die Rechnungsablage bewirken; Rebmann vom

Verf. in Rechnungs-Angelegenheiten S. 10. §. 9., v. Gönner Handb. d. Proc. Bd. IV. S. 228. der 1sten Aufl. Die Rechnungs-Moniten sind nur, soweit sie Rechte und Verbindlichkeiten (nicht Amtspflichten) des Rechnungsführers betreffen, Justizsache.

Die Untersuchung und Feststellung der Rechnungen der rechnungspflichtigen Beamten gehört als eine reine Verwaltungsangelegenheit zu den Attributionen der vorgesetzten Verwaltungsbehörden, aber der Streit über die Grenzen der Rechnungspflichtigkeit, sowie über die Frage: ob eine Rechnung bereits giltig absolvirt sey, und deshalb eine nochmalige Revision und anderweite Rechnung nicht gefordert werden könne, sowie, ob ein gezogener Receß bereits eingezogen worden sey, gehört der Cognition der Gerichte an; Archiv f. d. Civil- u. Criminalr. d. K. Preuß. Rheinprovinzen Bd. XIII. S. 145. Bd. XVIII. S. 9. — Die Entscheidungen der oberen Administrativbehörde im Rechnungswesen des Beamten sind vollziehbar, und der Beamte kann nicht durch eine provocatio ad agendum das Executivverfahren von sich abwenden, aber er kann im gerichtlichen Wege seine Ansprüche dagegen geltend machen, wenn er sich an Eigenthum oder Rechten verletzt findet; Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. III. S. 389. u. 522 ff. — So sind allerdings die Gerichte competent, wenn der rechnungspflichtige Beamte behauptet, durch das Streichen einzelner Posten an seinem Privatinteresse gekränkt worden zu seyn; Archiv cit. Bd. X. S. 255. Stellt derjenige, welcher als Rechnungspflichtiger von der Verwaltungsbehörde in Anspruch genommen ist, die Eigenschaft eines Rechnungspflichtigen in Abrede, so sind die Gerichte competent, über diesen Streit zu erkennen. Ebendas. Bd. XII. S. 274. — Die Gerichte sind ferner competent, über die Beschwerde eines rechnungspflichtigen Beamten zu erkennen, daß er mit Einnahmszweigen belastet worden, zu deren Erhebung er nicht beauftragt gewesen. Ebendas. Bd. XVIII. S. 9. — Die Verwaltungsbehörden haben die Amtscaution festzusetzen, aber nach einmal angetretenem Amt ist die Frage, ob der Beamte dieselbe zu erhöhen verbunden, und nach geendigter Amtsführung ihm solche zurückzugeben sey, zur Justiz geeignet; Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. III. S. 393.

Zu 2) Man sollte glauben, die erste Frage beantworte sich gleichsam von selbst; immer müsse ja der Fordernde (petitor) die Rolle des Klägers übernehmen, so der Eigenthümer, wenn er Rechnungsablage vom Verwalter seiner Vermögenschaften fordert, ferner, wenn er das Seinige, als den Gegenstand der Verwaltung begehrt Es kann aber auch der Verwalter Kläger werden müssen, wenn er dem

Rechnungsherrn abschläglich oder vorschußweise im Laufe der Verwaltung mehr verabfolgt, oder in Folge außerordentlicher Lasten mehr, als die Einnahme betrug, entrichtet hat, mithin seinen Activrest herausfordert.

Allein diese Fälle sind eigentlich nicht in der Frage gemeint; der Rechnungsherr agirt, wenn er Rechnungslegung fordert, gewöhnlich im Mandatsproceß, v. Gönner Handb. d. Proc. Bd. IV. no. 51. §. 19. no. 1., und dies ist dann für den Rechnungsstreit selbst nur die vorbereitliche summarische Procedur. Hinsichtlich der einer oder anderer Seits auf das Object der Verwaltung gerichteten Forderungen erscheint wieder nicht die Rechnung als Gegenstand des Streits, sondern nur als Mittel. Man denkt sich daher bei der aufgeworfenen Frage und unter dem eigentlichen Rechnungsverfahren die Aufstellung und Beantwortung der sowohl formellen als materiellen Rechnungsmängel. Da ist nun gewiß der Eigenthümer, d. i. derjenige, welchem Rechnung gelegt werden soll, der wahre Kläger; er ist es, gleichviel ob sich der Verwalter in Güte gar nicht dazu bringen läßt, Rechnung abzulegen, oder ob er sie auf eine unbefriedigende Weise legt. Demnach verrückt Claproth in s. Grundsätzen von Verfertigung und Abnahme der Rechnungen S. 60. allerdings, wie v. Gönner a. a. O. S. 238. mit Grund rügt, den rechten Standpunkt, wenn er behauptet, die Rechnung mache gleichsam den ersten Satz aus, aber man wird auch eben so wenig der v. Gönnerschen Ansicht a. a. O. S. 240. §. 9—11. beistimmen können, daß die Rechnung die Stelle des Exceptionssatzes vertrete, und die Rechnungserinnerungen die Stelle der Replik einnehmen, vielmehr ist es wohl richtiger, mit Rebmann Verf. in Rechnungsangelegenheiten S. 152. §. 76. 98. u. 99. die Rechnungs-Moniten als die Klage, und die Erläuterungen des Rechnungsführers als Beantwortung der Klage anzusehen, worauf dann, wenn die Streitfrage schon bei dieser exceptivischen Beantwortung gehörig bestimmt und zum Urtheil reif ist, von weiterem Verfahren bis zur Duplik Umgang genommen werden kann, weil die Rechnungssachen unter die summarischen gehören, welche erfordern, daß die Handlungen der Parteien da abgebrochen werden, wo die Sache zum Rechtsspruch genugsam eingeleitet ist. Nach diesem System verfährt auch die Preuß. allgem. Ger.-Ordn. Thl. I. Tit. 45. §. 15. u. 16.

Die Klagschrift ist ganz einfach zu verfassen, und die Rechnungs-Erinnerungen, aus welchen die Klaggesuche hervorgehen müssen, sind als Klagbeilage zu behandeln; Rebmann a. a. O. §. 99. Der Beweis fällt theils dem Kläger, theils dem Beklagten zur Last; dem

Kläger, wenn er behauptet, daß der Rechner etwas nicht oder nicht vollständig in Einnahme gebracht hat, was er entweder eingenommen, oder einnehmen hat sollen, und nicht defectiren durfte; der Beklagte hingegen, wenn ihm eingewendet wird, daß er etwas gar nicht, oder nicht soviel in Ausgabe oder Abzug hätte bringen sollen, muß beweisen, daß soviel habe bezahlt werden müssen, und wirklich bezahlt worden sey, Rebmann a. a. O. §. 102. Nöthigenfalls erfordert der Richter das Gutachten der Rechnungsverständigen und schreitet sofort zum Erkenntniß.

Zu 3) Das respective Liquidum kann nicht vermeintlich zufolge des Grundsatzes: quod liquidi cum illiquido nulla est compensatio dahin construirt werden, daß der Rechnungsherr, indem er alle in Einnahme gebrachten Posten als liquid annimmt, dagegen alle in der Ausgabe angefochtenen Posten als illiquid nicht passiren läßt, sondern ungehindert der Verurtheilung des Rechnungsführers in den Betrag der unstreitigen Einnahmen denselben mit den bestrittenen Ausgabsposten ad separatum verweisen lassen will. Vielmehr ist ein respectives Liquidum nur das, was der Verwalter dem Herrn oder dieser Jenem, selbst nach Abzug illiquider Forderungen, schuldig ist; z. B. der Rechnungsführer verrechnet eine Einnahme von 1000 Fl. durch illiquide Ausgaben bis auf 400 Fl., dagegen der Eigenthümer a) eine Nachforderung von 100 Fl. wegen nicht vereinnahmter Posten macht, und nebstdem b) an den Ausgaben 100 Fl. bestreitet, so ist dennoch nur die Summe von 400 Fl. respectives Liquidum. — Nach beschlossenem Rechnungsverfahren ergibt sich das respective Liquidum durch Abrechnung der noch unentschiedenen Streitpunkte, und dieses kann, unabhängig von der Entscheidung letzterer, auch schon während des Streits über diese zur Execution gebracht werden. Ausnahmsweise darf das respective Liquidum nicht durch solche Ausgabs-Ansätze verringert werden, welche nach besonderen Instructionen gar nicht gemacht werden durften, z. B. wenn eine in der Rechnung erscheinende Ausgabe da, wo sie eine obervormundschaftliche Bewilligung oder eine specielle Autorisation erfordert hatte, ohne solche gemacht worden ist. Ein solcher Ansatz kann sogleich gestrichen werden, denn er enthält nichts Ungewisses oder Illiquides, sondern etwas offenbar Unrechtmäßiges, was auf keine Weise in Berücksichtigung kommen kann. Auch kann der Rechnungsführer seine liquide Schuldigkeit nicht dadurch verringern oder reduciren, daß er Forderungen an den Geschäftsherrn in Aufrechnung bringt, welche aus fremden mit der geführten Verwaltung nicht in Verbindung stehenden Geschäften herrühren; v. Gönner im

jurid. Archiv Bd. V. S. 187., Desselben Handb. d. Proc. Bd. IV. S. 248. §. 14.

Zu 4) Zwar möchte man geneigt seyn, diese Frage zu bejahen, denn wenn die in calculo richtig befundene Rechnung einen Einnahms-Ueberschuß in Cassa ausweist, so hat doch der Rechnungsherr ein Liquidum für sich, und es scheint unbillig, daß er damit so lange warten soll, bis der säumige Rechnungsführer auch mit den übrigen rückständigen Rechnungen etwa einmal aufkommt. Allein die Rechnungen sind doch immer nur einzelne Abschnitte einer Verwaltung, welche nur als ein zusammenhängendes Ganzes aufgefaßt werden kann. Auch hat der Rechnungsherr zulängliche Mittel und Wege, den Rechnungsführer zur Ablegung der übrigen Rechnungen anzuhalten, aus deren letzter dann der Calcul gezogen und dem morosen Verwalter auch seine Schuldigkeit an Verzugszinsen berechnet werden kann. Consilia Hallensia Lib. I. cons. 2.

Zu 5) Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 296. erklärt dies für eine gemeinrechtliche Streitfrage, und führt Leyser Med. Sp. 677. med. 8.*) für die Meinung an, daß zwischen öffentlichen und Privat-Verwaltern ein Unterschied hierin zu machen sey, allein die Verbindlichkeit zu Verzugszinsen ist überall unstreitig dieselbe, und rücksichtlich dieser scheint ihn Leyser auch keineswegs behaupten zu wollen. Der von ihm behandelte Fall betraf nämlich einen Zinsen-Anspruch aus einem nach abgemachter Rechnung erst aufgefundenen, mithin irrig quittirten Guthaben. Da war also die Frage nur diese: ob eine irrig ertheilte Liberation blos in Ansehung dessen, was man wirklich zu fordern hatte, reclamirt werden kann, oder ob man nun auch Zinsen daraus, nachdem die Schuld wirklich constatirt ist, ansprechen könne, und dies war wohl zu verneinen, wie bereits von uns bei der Lehre von den Condictionen §. 265. zu Fr. 2. u. §. 266. zu Fr. 3. bemerkt wurde. Verzugszinsen hat der Rechnungsführer von dem Zeitpunkt an zu entrichten, mit welchem entweder seine Verwaltung sich gänzlich endigt, oder die jährliche Rechnungsablage erfolgen sollte; Koch a. a. O., v. d. Nahmer Entscheid. d. Herzogl. Nassau. O.-A.-G. Bd. II. S. 179., Lange vom Rechnungswesen S. 299. §. 10. Uebrigens ist er Zinsen zu entrichten verbunden, nicht nur, wenn er Gelder des Geschäftsherrn unredlich zu seinem Vortheil benutzte, l. 38. D. 3. 5., oder sie unbefugterweise in seinen Nutzen verwendete, arg. l. 9. §. 7.

---

*) S. dagegen Müller ad Leyser T. VI. T. II. pag. 10., Wernher Obs. P. III. obs. 193.

l. 54. D. 26. 7., sondern auch regelmäßig, wenn er die vorräthigen Gelder des Geschäftsherrn müssig liegen ließ; l. 19. §. 4. D. 3. 5. — l. 31. §. 3. D. eod.

Zu 6) Dem Rechnungsführer können Verzugszinsen aus seinem Activreceß nur von der Zeit an, wo die Rechnungs-Abhör und Anerkennung erfolgt ist, oder nachdem er den Rechnungsherrn durch gerichtliches Andringen auf Rechnungs-Justificatur in moram versetzt hat, erwachsen; Rebmann a. a. O. §. 66., Lange a. a. O. S. 7.

Zu 7) Es scheint, wie Koch a. a. O. §. 296. Anm. 15. bemerkt, von Mehreren angenommen zu werden, daß der Rechnungsherr sich die Restanten in Aufrechnung bringen lassen müsse, sofern er nicht beweist, daß sie durch Nachlässigkeit des Administrators untüchtig geworden und verloren gegangen sind, Lange a. a. O. S. 17. 305. u. 309. Es ist aber wohl richtiger, zu behaupten, daß die Reste auf Gefahr des Verwalters gehen, wenn er nichts zur Einziehung der Außenstände gethan hat, was einem ordentlichen Verwalter obliegt, daß mithin der Prinzipal die Einnahmsreste nur soweit anzuerkennen braucht, als der Verwalter Credit zu geben berechtigt war, oder nachweist, daß er der Beitreibung, soweit es an ihm lag, sich unterzogen hat, der Nichterfolg also ihm nicht zu imputiren ist, oder durch Armuthszeugnisse der Debenten die Inexigibilität vor Augen legt; Mevius Dec. P. VIII. dec. 441., Rebmann a. a. O. S. 63., Preuß. allg. Landr. Th. I. Tit. 14. §. 162. u. 163. Die Erben eines verrechnenden Beamten sind übrigens nur dann zum Schadensersatz verpflichtet, wenn die Debenten dolo vel culpa lata ihres Erblassers inexigibel geworden sind; Hagemann prakt. Erörter. Bd. V. S. 68.

Zu 8) Nach den allgemeinen Grundsätzen allerdings; Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 296.

Zu 9) Man begegnet hier ganz entgegengesetzten Meinungen. Die strengste findet sich bei Brunemann Cent. II. dec. 2., Naurath de ratiocin. pag. 17. u. 233., Richter Dec. XIII. no. 24 sq. dahin aufgestellt: Quando enim administrator saepius se offert ad rationes reddendas et dominus est in mora, illo mortuo haeredes ejus ad justificationem dubiorum non tenentur, womit auch Lange v. Rechnungsw. S. 7. übereinstimmt. So behaupten auch Gebr. Overbeck Med. Bd. XI. S. 313., wenn der Verwalter mehrmals den Herrn zur Stellung etwaiger Rechnungs-Erinnerungen aufgefordert und diese Aufforderung mit der Protestation begleitet hat, daß er sich eventuell von weiterer Verbindlichkeit für sich und seine Erben lossage, und

gleichwohl diese Aufforderungen fruchtlos bleiben, der Rechnungsführer endlich stirbt, und jetzt erst der Herr die Erben mit Rechnungs-Moniten zur Verantwortung zieht, so könne ihm mit Recht entgegnet werden, daß die Rechnungen als von ihm stillschweigend anerkannt zu achten seyen. Die entgegengesetzte Meinung vertheidigt Carpzov P. II. dec. 125., Schilter Prax. jur. Rom. §. 169., Rebmann a. a. O. §. 18. dahin, daß den außergerichtlichen Aufforderungen und Protestationen eine solche Wirkung nicht beizulegen sey, da ja der Rechnungsführer den Herrn im gerichtlichen Wege zur Justificatur der Rechnungen zwingen könne, wenn es ihm Ernst damit ist. Eine mittlere Meinung, gegen welche wohl am wenigsten einzuwenden seyn wird, ist diese: wenn der Prinzipal mit Abnahme der Rechnung säumig ist, so muß er die Nachtheile tragen, welche durch die hieraus entstehenden Verdunkelungen der Geschäfte erwachsen. Daraus folgt, daß es den Erben des Rechnungsführers nicht zur Last fallen darf, wenn die Ursache mangelnder oder unzulänglicher Aufklärung der Rechnungs-Bedenken in dem langen Zeitablauf liegt. Denn nur den morosen, nicht den unschuldigen Theil sollen die Nachtheile des Verzugs treffen; Gebr. Overbeck a. a. O., Mevius Dec. P. II. dec. 205. no. 4. P. IV. Dec. 110. no. 6., Koch a. a. O. §. 297. Zweckmäßig hat das Preuß. Landr. Th. I. Tit. 14. §. 154. festgesetzt: „ist eine gehörig gelegte Rechnung durch schuldbare Verzögerung des Prinzipals innerhalb 5 Jahren nicht abgenommen, so wird dieselbe für quittirt erachtet.“

Zu 10) Rebmann a. a. O. S. 28. §. 15. ist des Dafürhaltens, daß der Bürge, wenn er eine Nachlässigkeit des Rechnungsführers bemerkt, auf dessen Controle ernstlich anhalten, und wenn dies nicht fruchtet, seine Bürgschaft aufkündigen könne. Allein ist der Bürge nicht immer berechtigt, eine regelmäßige Behandlung des Cassen- und Rechnungswesens vorauszusetzen? — Man darf daher wohl annehmen, daß der Bürgschaftsvertrag für einen Beamten bona fide dahin auszulegen sey, daß der Bürge nur für denjenigen Abgang und Verlust die Haftung übernommen habe, welchen der Rechnungsherr nicht durch die regelmäßige Aufsicht und Controle, welche ja der Bürge nicht selbst führen kann, verhüten konnte, was aber freilich der verklagte Bürge beweisen muß. Aus diesem Grund wurde in einem in Hagemann prakt. Erörter. Bd. II. S. 156. abgehandelten Rechtsfall der Bürge vom Ersatz des Cassendefects auf den Fall freigesprochen, wenn er beweisen würde, daß es die Oberbehörde an dem bei jedem Rechnungs-Abschluß erforderlichen Cassensturz oder der

Cassen-Visitation habe ermangeln lassen, somit durch eigene Schuld den Schaden sich zugezogen habe; s. auch Kap. XVIII. Fr. 7.

Zu 11) Dem Rechnungsführer steht wegen seines Activ-Recesses eine stillschweigende Hypothek an den Gütern seines Prinzipals nicht zu, wenn auch dieser sie an jenes Gütern hat; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. XI. S. 105., Schorch Disquis. an rationario et administratori intuitu residui, quod vocamus activi (Activ-Receß), jus tacitae hypothecae competat. — Das Retentionsrecht an der verwalteten Sache kann ihm wegen der darin verwendeten Kosten und Vorschüsse und wegen der vorbedungenen Belohnung wohl nicht abgesprochen werden; Koch a. a. O. §. 297.

Zu 12) Wenn die Rechnungsabhör und Justificatur außergerichtlich stattgefunden hat, so nimmt diese Handlung ohne Unterschied zwischen einer öffentlichen oder Privatverwaltung, Rebmann a. a. O. §. 87., v. Gönner a. a. O. §. 18.) die Natur einer Privatquittung an, und unterliegt daher den allgemeinen Grundsätzen, nach welchen außer dem Fall eines Vergleichs oder Erlasses ein Rechtsgeschäft wegen Betrugs und Irrthums angefochten werden kann, jedoch mit der Erweiterung, daß ein eigentlicher error calculi oder computationis*) auch nach 10 oder 20 Jahren noch zur Anfechtung berechtigt, vielmehr unter Privaten erst durch 30jährigen, dem Fiscus gegenüber durch 40jährigen Zeitablauf ausgeschlossen wird; l. un. C. 2. 5. — l. 8. D. 50. 8.

Ist eine Rechnung bei Gericht geprüft, darüber ein Rechnungsproceß verhandelt und entschieden, so finden von der allgemeinen Regel, daß die Rechtskraft jede weitere Discussion ausschließt, folgende Ausnahmen statt: a) in denjenigen Fällen, in welchen auch nach allgemeinen Grundsätzen Urtheile ohne Rücksicht auf Rechtskraft angegriffen werden können, nämlich wenn eine Nullitätsklage oder Restitution**) gegen sie begründet werden kann; b) wenn es sich um einen error calculi handelt, welcher nach l. 1. §. 1. D. 49. 8. — l. 8. D.

*) Nicht also ein Irrthum in Ansehung des Grundes der Aufrechnung oder im Beweis u. dgl., Brinkmann wissenschaftl. prakt. Rechtskunde Bd. I. S. 100. über die Frage: Was ist ein Rechnungsfehler? Leyser Sp. 339. med. 5.

**) Hierher dürfte wohl der in v. Langenn und Kori Erörter. Bd. I. no. 22. berührte Fall gehören, daß der Rechner eine erweisliche Einnahms- oder Ausgabspost gänzlich ausgelassen hat, und dieses in der Revision unbemerkt geblieben ist. Mit Recht läßt der Gerichtsbrauch diesen Ausnahmsfall wegen Gleichheit des Grundes auch dem Rechnungsführer selbst zu Gute kommen.

50. 8. — l. 2. C. 10. 1. allemal auch ohne Appellation zu berichtigen ist; — c) wenn die Person, welche durch den Irrthum Schaden leidet, eine besondere gesetzliche Begünstigung dahin genießt, daß selbst die Justification der Rechnung vor Ablauf der Verjährungszeit nichts wirkt, wie der Fiscus, Minderjährige, und welche diesen gleichgeachtet werden; l. 13. pr. §. 1. D. 44. 3.: In omnibus fisci quaestionibus, exceptis causis, in quibus minora tempora servari specialiter constitutum est, viginti *) annorum praescriptio custoditur. §. 1. Reipublicae rationes subscriptae et expunctae adversus eum quidem, qui administravit, ultra viginti, adversus haeredem vero ultra decem annos retractari non possunt. Vom Recht der Minderjährigen entscheidet l. 2. C. 2. 25. — In diesen Grundsätzen stimmen die verschiedenen Schriftsteller, welche diese Materie umfänglich behandelt haben, wenigstens im Wesentlichen überein, v. Gönner a. a. O. Bd. IV. no. 51. §. 17., Rebmann a. a. O. §. 79—89., Lange a. a. O. S. 273—283.; vergl. Carl Hoffmann Vers. eines Rechnungsr. im Allg. und in besond. Beziehung auf Baden.

Zu 13) Eine gemeingiltige Beantwortung dieser Frage läßt sich wegen der so verschiedenartigen Ausbildung des Instituts der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft kaum geben. In seiner Reinheit hat man sich darunter ein Rechtsverhältniß zu denken, nach welchem das ganze beiderseitige Vermögen der Ehegatten materiell schon während der Ehe so vereinigt wird, daß es eine Masse bildet, welche von dem Ehemann als Haupt der Familie verwaltet wird, so daß also die Vermehrung ebenso zum Vortheil beider Ehegatten gereicht, als es für ihre Schulden haften muß, und nach Auflösung der Ehe eine gemeinschaftliche Masse bildet, welche Gegenstand der Beerbung wird; Mittermaier deutsch. Privatr. §. 399. (Ed. 6.) Aus dieser Grundlage und besonders in Verbindung mit dem ehelichen Mundium, welches so lange entscheiden muß, als nicht in dem Landesgesetz oder der Ortsgewohnheit eine Beschränkung eingeführt ist, entsteht die nothwendige Folge, daß das gesammte eheliche Vermögen für alle vom Manne contrahirten Schulden haftet, ohne daß es darauf ankommen kann, ob sie heimlich oder mit Vorwissen der Frau gemacht worden, ob sie als eine Socialschuld angesehen werden können oder nicht, und ob sie aus einem Rechtsgeschäft oder aus einem

*) Bekanntlich ist die 10—20jährige Verjährungszeit, welche der Fiscus damals für sich hatte, durch spätere Gesetze in eine 40jährige verwandelt worden, welche nun ohne Zweifel auch in Rechnungssachen angewendet werden muß; v. Gönner a. a. O. S. 260., Lange u. Rebmann a. a. O.

Delict entsprungen sind. Dem Effect nach muß da auch eine Delictsschuld des Mannes das Vermögen der Frau afficiren,*) weil keiner der Ehegatten ein gesondertes Vermögen besitzt, der Mann nichts hat, was nicht zugleich auch seiner Frau gehört und umgekehrt. Wer das Vermögen des Mannes angreift, dem muß unwillkürlich auch das Vermögen der Frau in die Hände fallen, Mittermaier a. a. O. §. 402., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 308. S. 766., Rebmann a. a. O. S. 24., Danz zu Runde Bd. VI. S. 405., Lange v. d. Gemeinschaft der Güter unter deutsch. Eheleuten S. 112 ff. §. 14. Indessen haben die Gesetzgebungen der verschiedenen deutschen Länder aus Billigkeitsrücksichten, welche dem Grundprincip ganz unpassend sind, und bei denen man, wie Mittermaier a. a. O. richtig bemerkt, nicht genug die Nachtheile der dadurch hervorgerufenen Streitigkeiten und schwierigen Beweisführungen erwog, die gemeinschaftliche Pflicht der Schuldenzahlung unter Eheleuten beschränkt, indem sie theils dem Institut der ehelichen Gütergemeinschaft ein Societätsverhältniß unterstellten, wonach nur eigentliche Socialschulden für beide Ehegatten bindend sind, theils anstatt einer untheilbaren Gesammtheit intellectuelle Vermögensantheile annehmen.**) Im letzteren Fall unterliegt es dann keinem Anstand, daß nur die Vermögenshälfte des Ehemanns für dessen Passivreceß und Defect in der Verwaltung angegriffen werden kann, denn in einem Güterverhältniß, bei welchem quote Theile angenommen werden, kann nichts Anderes als die betrffende Quote in Anspruch genommen werden. Im ersteren Fall würde es darauf

---

*) Umgekehrt ist dies deswegen nicht der Fall, weil von Seiten der Frau eine giltige Belastung des ehelichen Vermögens nur denkbar ist, insoweit sie innerhalb ihres Wirkungskreises, der Haushaltung, oder zum Besten der Gemeinschaft oder zu Zwecken der ehelichen Verbindung, oder als Stellvertreterin ihres Ehemanns, z. B. in seiner Abwesenheit oder unter Umständen gehandelt hat, aus welchen Ermächtigung des Ehemanns gefolgert werden kann. — Die Handlungen der Frau verpflichten den Mann eigentlich nur soweit er ihr eine Verwaltung überlassen oder die Schuld bewilligt hat; Mittermaier a. a. O., Eichhorn a. a. O.

**) Beide Anomalien sind z. B. dem Nürnberger Statutarrecht eigen, indem nach Tit. XXVIII. Ges. 1. §. 3—6. kein Ehegatte ohne Wissen und Willen des andern Schulden zu contrahiren Macht hat, und mehrmalen von einem gebührenden halben Theil des einen und andern Ehegatten gesprochen wird. Ganz richtig nimmt daher Dorn de aeris alieni inter conjuges Norimbergenses communione §. 5. an, daß Delictsschulden nur den halben Vermögensantheil des Schuldigen treffen können. Von einem solchen Gesichtspunkt gehen auch Gebr. Overbeck aus in deren Meditt. Bd. V. S. 152. Med. 298., vergl. oben Bd. I. §. 56. zu Fr. 1.

ankommen, ob das Fehlende in den gemeinschaftlichen Verbrauch für die Lasten des Ehestandes geflossen ist, oder nicht. Ersteres dürfte wohl, wie in einer Entscheidung des Herzoglich Nassauischen Oberappellationsgerichts angenommen wurde (v. d. Nahmer Entscheid. Bd. I. S. 331.), vermuthet und daher der Beweis der Verwendung zu anderen als ehelichen Zwecken der Ehefrau aufgelegt werden.

Zu 14) Ein Gutsbesitzer ist für die Handlungen seines Deconomieverwalters in demselben Verhältniß verantwortlich, wie der Gewerbsherr zum Gewerbsvorsteher, denn auch die Landwirthschaft bildet eine Classe der Gewerbe. Durch die Anstellung des Deconomieverwalters ertheilt der Prinzipal Jedem, der mit Ersterem über die seiner Leitung anvertrauten landwirthschaftlichen Sachen contrahirt, das stillschweigende Versprechen, dessen Handlungen als die seinigen gelten lassen zu wollen, und indem er aus dessen Geschäftsführung Vortheile ziehen will, muß er sich auch die damit verbundenen Nachtheile gefallen lassen. Hat der Gutsherr gewisse Gegenstände seiner eigenen Bestimmung reservirt, welche ihrer Natur nach und gewöhnlich zu der Geschäftsführung eines Gutsverwalters gerechnet werden, so ist er nach Analogie des Handelsrechts zu deren Bekanntmachung verbunden; l. 11. §. 3. 5. D. 14. 3. Der Prinzipal wird daher durch jeden von dem Gutsverwalter geschlossenen Vertrag verpflichtet, welcher in der Natur der ihm anvertrauten Geschäftsführung liegt, und in dem ordinären Betrieb der landwirthschaftlichen Geschäfte gewöhnlich begriffen ist, selbst wenn er für das Interesse des Prinzipals unvortheilhaft ausgefallen seyn sollte. Ungewöhnliche Geschäfte hingegen, wie z. B. Lieferungs-Entreprisen, können den Gutsherrn nicht obligiren, aber unerlaubte Handlungen, welche der Verwalter in seiner Eigenschaft als Deconomieverwalter z. B. gegen Steuer- oder Zollgesetze unternommen hat, muß der Gutsherr allerdings vertreten; Glück Thl. IV. §. 892., Hagemann prakt. Erörter. Bd. VI. S. 187.

Anmerkung: In die Rubrik dieses §. fällt zwar auch das Vormundschaftswesen, und die verschiedenen Arten der cura bonorum, indessen ist ersteres in seinen Grundzügen bereits in Bd. I. §. 74. behandelt worden, auf welche sich der Verfasser beschränken zu dürfen glaubte, da diese wichtige Staatsanstalt durch eigene Landesordnungen geregelt zu seyn pflegt. Zur Literatur ist nachzutragen: Dittmar das gerichtliche Rechnungswesen, Darmstadt 1836—40., Kraut die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts, Göttingen 1835., Zöpfl Vergleichung der röm. Tutel und Cura mit der deutsch.

Vormundschaft, Bamberg 1828., Klein merkw. Rechtssprüche der Halleschen Juristenfacultät Bd. II. S. 296. vom Unterschied zwischen dem Verfahren gegen einen verdächtigen Vormund nach röm. und deutsch. Recht, Weiske Archiv für prakt. Rechtskunde mit vorzügl. Rücksicht auf Sächs. Recht Th. II. no. 4., über die Bevormundung derjenigen Personen, welche ihren Vermögensangelegenheiten nicht selbst vorstehen können.

Ueber die cura absentis s. Bd. I. §. 26. zu Fr. 8. Bd. II. §. 181. zu Fr. 5. u. 6. — Die Concurscuratel betr. s. oben §. 232. cessio bonorum.

2. Wesentlich zweiseitige Verträge.

Kapitel IX.

Kaufvertrag.

§. 280.

1. Schließung des Kaufs.

Inst. III. 23. (24.) de emtione et venditione. Dig. XVIII. 1. de contrahenda emtione et de pactis inter emtorem et venditorem compositis, et quae res venire non possunt. Cod. IV. 38. de contrahenda emtione venditione. Gajus III. §. 139—142. Paul. sent. rec. II. 17.

1) Insofern die Perfection eines Kauf- und Verkaufs-Vertrags, wodurch der Eine eine Sache in das Vermögen des Andern zu bringen, und der Andere einen gewissen Preis*) dafür

---

*) Zum Unterschied vom Tausch, wo Waare gegen Waare gegeben wird. Der Unterschied zwischen beiden Rechtsgeschäften ist wegen ihrer verschiedenen Wirkungen wichtig. Beim Kaufvertrag kann man nämlich in der Regel den Verkäufer nicht eher angreifen, als nachdem die gekaufte Sache wirklich evincirt worden ist [während zur Erfüllung des Tauschvertrags beiderseits die Uebertragung des Eigenthums gehört; nach R. R. gab es noch weitere Unterschiede zwischen Kauf und Tausch]. Es kann aber Fälle geben, wo es schwer fällt, zu entscheiden, ob das Geschäft ein Kauf oder ein Tausch sey; z. B. A. bietet eine Sache zum Kauf an, B. will sie erwerben, kann aber dafür nur eine andere

zu geben verspricht, lediglich auf gegenseitiger Einwilligung*) beruht, kann die Frage entstehen, ob auch dann, wenn nur in Nebensachen aus Unvollständigkeit der Bestimmungen hinterher ein Dissens hervortritt, das ganze Geschäft als imperfect seine Wirksamkeit verliere?

2) Welche persönliche Verhältnisse machen einen Kauf unzulässig? insbesondere

2a) ist das Geschäft ungiltig, wenn der Kranke sein Besitzthum an seinen Arzt verkauft?

3) Wenn beide Contrahenten wissentlich einen Kauf und Verkauf über eine extra commercium befindliche Sache geschlossen haben, ist dann der Verkäufer dem Käufer das Interesse zu prästiren schuldig? Wie, wenn nur Ein Theil das vitium rei kannte?

4) Inwiefern entsteht aus dem Verkauf einer fremden oder einer gestohlnen oder einer gar nicht existirenden Sache (res extra commercium, furtiva und extincta) eine Verbindlichkeit unter den Contrahenten?

Sache geben, womit A. zufrieden ist, ohne daß sie nach ihrem eigentlichen Werth taxirt wird. Hier wird in l. 1. C. 4. 64. die Natur der emtio venditio durch die Gebung eines Surrogats dann nicht als gänzlich aufgehoben erachtet, sondern ad exemplum ex emto actionis der Anspruch auf Entschädigung wegen Eviction gegen den Verkäufer statuirt, wenn die Absicht des A. durch Feilbietung sichtlich auf den Kauf gerichtet war, Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 462., Leist ebendas. Bd. XVII. S. 361.

*) Daß diese nicht gerade schriftlich geschehen müsse, ist — abgesehen von Particularrechten — außer Zweifel. Sehr bestritten war unter den älteren Rechtsgelehrten der complicirte Fall, nämlich: die Theile konnten über den Kauf mündlich einig geworden seyn, sich aber doch dabei vereinbart haben, ein schriftliches Instrument über denselben zu errichten; oder auch, sie konnten sich vorläufig nur soweit verständigt haben, ein Geschäft schriftlich eingehen zu wollen. Hängt wohl in beiden Fällen die Perfection des Geschäfts erst von der Scriptur ab? — Nur in dem letzteren! Leyser Sp. 272. med. 2., Walch controv. jur. civ. pag. 446. §. 2. pag. 589. §. 1. (Ed. 3.), Albrecht Entscheid. merkw. Rechtsf. Bd. I. S. 169. Daß die Kaufsurkunden zu ihrer Perfection die Unterschrift beider Contrahenten erfordern, wird aus l. 17. C. 4. 21. abgenommen, doch nicht unbezweifelt, denn da hier von den Urkunden selbst im Plural gesprochen ist, so mußten freilich auch die Subscribenten in der Mehrzahl erscheinen. Im pr. J. 3. 23. dagegen sind die Lesarten verschieden: a contrahente und a contrahentibus, und da man in Urkunden alter Zeit nur den Verkäufer unterschrieben gefunden hat, so glaubt Schrader Corp. jur. civ. T. I. pag. 534. nicht, daß Justinian in l. 17. c. eine Verwerfung dieser Gewohnheit beabsichtet habe.

5) Ist ein Verkauf wegen eines entgegenstehenden gesetzlichen Verbots*) auch dann ungiltig, wenn dieses erst nach geschlossenem Verkauf ergeht?

6) Wenn der Verkauf eines unbeweglichen Guts wegen der Minderjährigkeit einzelner Mittheilhaber angefochten und in einer hierdurch herbeigeführten Versteigerung ein Mehreres erlöst wird, kann dieser Mehrerlös blos von den Minderjährigen in Anspruch genommen werden, oder gebührt er pro rata auch den volljährigen Theilhabern?

7) Es kommt zuweilen vor, daß Kaufleute einander Waaren unter Beifügung des Preises zusenden, wo dann die Frage entsteht, ob der Adressat, welcher dieselben behält, als Käufer oder als Commissionär anzusehen, und ob er sie assecuriren zu lassen verbunden ist?

8) Insofern nach gesetzlicher Vorschrift ein Kauf nicht ohne ein pretium certum zu Recht bestehen kann, fragt es sich, ob der Preis nicht auf das billige Ermessen des Käufers ausgestellt werden könne? und ob der Kauf bei mangelnder Preisbestimmung allemal nichtig sey?

9) Sind beim Verkauf eines Landguts die instrumenta fundi als mitverkauft anzusehen?

10) Da durch die Schließung des Kaufvertrags der Käufer noch nicht das Eigenthum der gekauften Sache erlangt, so fragt sich, ob derselbe, bevor noch das Eigenthum durch Tradition auf ihn wirklich übergegangen ist, nicht doch gegen Verletzungen von Seiten Dritter die Rechte des Eigenthümers geltend machen könne?

11) Schon früher ist bemerkt worden, daß man nicht behaupten könne,**) der Käufer müsse das Kaufgeld zahlen, ehe er die gekaufte Sache empfangen hat; wenn nun aber Uebergabe des Kaufobjects und Zahlung des Kaufpreises nicht gegenseitig Zug um Zug von Statten gehen, ist dann der Kaufpreis für creditirt zu achten?

12) Kann ein Verkäufer, welcher Credit gegeben hat, nicht doch eine Caution vor der Uebergabe von dem Käufer fordern?

*) Einen erheblichen Unterschied zwischen verschiedenen Arten des Verbots, insbesondere des Verkaufs der Früchte auf dem Halm, s. die Note bei der Antwort zu Fr. 5.

**) Schenk im civilist. Archiv Bd. XVII. no. 4. §. 8. behauptet dieses; s. dagegen oben Kap. V. d. allg. Thls. §. 243. zu Fr. 2.

13) Wird ein auf Lieferung geschlossener Kauf durch das dazwischen getretene Falliment des Käufers ohne Weiteres aufgehoben?

14) Ist ein nach geschlossenem Verkauf gefundener Schatz dem Käufer oder dem Verkäufer zuzuerkennen?

15) Was bedeutet der Ausdruck: „durch die Bank?"

16) Unter welchen Voraussetzungen hat der Käufer die Gefahr*) der verkauften Sache, insbesondere bei Versendung bestellter Waaren zu tragen? und was ist zwischen Käufer und Verkäufer in Ansehung der Früchte Rechtens?

17) Inwiefern macht Irrthum einen Kauf ungiltig?

18) Bewirkt ein dem Verkäufer von seinem Käufer zugefügter wesentlicher Betrug (dolus causam dans) ein Recht des Ersteren, die verkaufte Sache auch von einem dritten Besitzer zurückzufordern?

19) Man pflegt wohl beim Verkauf eines Guts-Inventars, einer Sammlung, oder eines anderen Complexes ein specifisches Verzeichniß mit Beisetzung der Werthe zu Grund zu legen, und es kommt dann unter den Contrahenten eine Vereinigung über die Totalsumme mit einigem Nachlaß zu Stande; ist dieser Handel als in Bausch und Bogen geschlossen anzusehen?

19a) Wenn ein Grundstück oder ein Gutscomplex mit Beifügung des Flächenmaßes verkauft oder verpachtet worden ist, hinterher aber der Käufer oder Pächter findet, daß er nicht so viel bekommen, oder der Verkäufer oder Verpächter, daß er mehr gegeben hat, kann da Einer oder der Andere auf Annullirung des Kaufs oder wenigstens auf Vergütung klagen?

20) Wem und in welchen Fällen steht die Rescission wegen Verletzung über die Hälfte zu?

21) Wie muß das Mißverhältniß beschaffen seyn, damit der Käufer behaupten könne, über die Hälfte im Preis verletzt zu seyn?

22) Worauf muß der Verletzte sein Gesuch richten?

23) Findet die Läsionsklage auch dann statt, wenn der laedens die Sache schon anderweit veräußert hat, oder wenn der

---

*) Vgl. hierüber oben Kap. IV. d. allg. Thls. §. 234. zu Fr. 1. insbesondere im Fall eines bedingten Kaufs.

Käufer sonst ohne seine Schuld außer Stand gesetzt ist, sie dem Verkäufer zurückgeben zu können?

24) Fällt dieses Rechtsmittel hinweg, wenn der Verletzte zur Zeit des abgeschlossenen Vertrags weiß, daß er enormiter verletzt sey?*)

25) Findet dieses Rechtsmittel auch dann statt, wenn der Preis auf das Ermessen eines Dritten ausgestellt war, und dieser die Sache unter der Hälfte ihres Werths schätzte?

26) Muß der Käufer in Folge der Rescission des Kaufs die inzwischen gezogenen Früchte der gekauften Sache restituiren?

27) Kann der Verkäufer auch dann wegen enormer Verletzung gegen den Käufer klagen, wenn dieser auf dem gekauften Grundstück nach geschehener Uebergabe einen Schatz gefunden hat?

28) Wenn der Kauf wegen enormer Verletzung rescindirt wird, erlischt dann die vom Käufer inzwischen auf der gekauften Sache constituirte Hypothek?

29) [Kann der Verkäufer, welcher Mehreren hinter einander abgesondert dieselbe Sache verkauft hat, im Fall ihres casuellen Untergangs von jedem der Käufer den Kaufpreis fordern?]

30) [Kann baares Geld Gegenstand des Kaufs seyn?]

Zu 1) In der Regel muß man die Uebereinstimmung beider Theile in allen einzelnen Punkten für erforderlich zur bindenden Eingehung (Schließung)**) erklären. Z. B. A. und B. sind vollkommen einig darüber, daß B. dem A. für einen gewissen Preis eine bestimmte Quantität Holz liefern soll. Nun erklärt B., indem er dem A. den Contract unterschrieben remittirt, in einem Begleitungsschreiben, daß er denselben in der Hoffnung unterschrieben habe, daß ihm A. einen Vorschuß von 11—1500 Fl. machen werde. Kann nun A. von dem Contract, zu dem er wegen eingetretener Veränderung der Umstände ohnedies nicht mehr geneigt ist, gänzlich zurücktreten? Bejahend begutachtet v. Gönner auserles. Rechtsfälle Bd. IV. S. 315. Ferner:

*) Andere Ausnahmsfälle s. Glück Thl. XVII. S. 80 ff., Thibaut System §. 503. (Ed. 8.).

**) Wann ein durch Briefe geschlossener Kaufvertrag perfect werde? s. oben §. 236. Fr. 1. — Von der bei Kaufsgeschäften sehr gewöhnlichen arrha s. ibid. §. 242. sub α) von den Bestärkungsmitteln der Verträge.

der Verkauf eines Guts mit dem Wirthschafts-Inventar ist für einen bestimmten Gesammtpreis abgeschlossen, hinterher aber werden die Contrahenten uneins darüber, was zum Inventar zu rechnen, oder darüber, was noch vorbehalten sey; macht nun die Nichteinigung über die zum Inventar zu rechnenden Gegenstände den Kauf überhaupt imperfect? Man könnte dafür halten, daß der gesetzliche Begriff vom Gutsinventar (d. i. den instrumentis fundi, quae fructus quaerendi cogendi et conservandi gratia parata sunt l. 8. D. 33. 7.) den Mangel einer speciellen Bestimmung ersetze, allein diesen Mangel aus den gesetzlichen Bestimmungen suppliren zu wollen, scheint deswegen unthunlich, weil diese in der Anwendung auf vorkommende Fälle zu vielen Zweifeln unterworfen sind, z. B. mehr Haus- und Wirthschaftsgeräthe, mehr Getreide und Vieh vorhanden seyn kann, als die Wirthschaft erfordert, und bei vielen Gegenständen ungewiß bleiben kann, ob sie für die Wirthschaft oder zum Verkauf bestimmt sind. — Ebenso, wenn beim Verkauf des Guts sammt Wirthschafts-Inventar die Verständigung über das, was zum Letzteren zu rechnen sey, vorbehalten wurde; kann hier durch das arbitrium der Sachverständigen abgeholfen werden? Wohl nicht, denn da müßte wenigstens eine im Allgemeinen bestimmte Declaration der Contrahenten vorliegen, z. B. „mit dem erforderlichen Guts-Inventar." Es bleibt daher nichts Anderes übrig, als den Kauf für nicht abgeschlossen zu erachten, wie durch ein in Kori Erörterungen Thl. III. S. 73. angeführtes Erkenntniß des K. Sächs. App.-Ger. geschehen.

Zu 2) Vormünder dürfen wenigstens privatim nicht Sachen ihrer Pflegebefohlenen kaufen, und zwar weder selbst, noch durch Zwischenpersonen; l. 5. §. 2—5. D. 26. 8. — l. 5. C. 4. 38. Dasselbe gilt von Bevollmächtigten und Geschäftsführern in Ansehung der Sachen ihrer Geschäftsherren; l. 34. §. 7. D. 18. 1. — Besonderen Verboten sind Staatsbeamte hinsichtlich der Sachen unterworfen, welche ihrer Amtsführung anvertraut sind, oder deren Veräußerung unter ihrer Leitung steht; l. 46. D. 18. 1. — l. 18. C. 4. 44., vgl. die Note zur Fr. 5.

Zu 2 a) Mehrere ältere Rechtsgelehrte behaupteten die Ungiltigkeit ohne Unterschied, und stützten sich deshalb vorzüglich auf l. 3. D. 50. 13. u. l. 9. C. 10. 52., Glück Thl. XVI. S. 152., allein das erstere Gesetz setzt voraus, daß der Arzt den Patienten durch eine ihm eingejagte Furcht zum Verkauf gedrängt habe, und das zweite erklärt blos ein in der mit dem Krankheitszustand gewöhnlich verbundenen Bangigkeit dem Arzt für seine Wiederherstellung gegebenes

Schenkungsversprechen für ungiltig. Jene Behauptung ist daher nicht in thesi, sondern nur in hypothesi richtig; Walch controv. jur. civ. pag. 590. §. 2., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. no. 96. S. 216., Puchta Pand. §. 364. Anm. b., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 116. II.

Zu 3) Die Meinung Einiger, daß der Verkäufer in diesem Fall zwar nicht die Sache zu geben, aber doch das Interesse zu prästiren verbunden sey, ist mit Recht zu verwerfen und vielmehr zu entscheiden, daß auf keiner Seite eine Verbindlichkeit entstehe; l. 34. §. 3. D. 18. 1., Walch l. c. pag. 591. §. 4., Cocceji J. C. Lib. XVIII. tit. 1. qu. 13. Den in den Lehrbüchern gewöhnlich angeführten res extra commercium muß man auch die Werkzeuge des Kriegführens nach l. un. C. 11. 41. und Nov. 85. beizählen. Kauft insbesondere dergleichen ein Staatsunterthan dem Feind ab, welcher z. B. eine Festung mit ihren Kanonen erobert hat, so ist der Landesherr, wenn sie wieder in seine Gewalt zurückfällt, zur Confiscation der verkauften Kanonen umsomehr berechtigt, als der Feind während des Kriegszustandes mehr nicht als den Besitz daran erlangen konnte, das jus postliminii aber die Festung mit ihren Pertinenzen in das vorige Gewaltverhältniß zurückführt; Schwarz de jure victoris in res incorporales c. 27., H. Grotius de J. B. et P. Lib. III. c. 16. §. 1., Vattel Droit de Gens T. II. h. 3. ch. 14. §. 12., Hassenpflug, welcher in seinen kleinen Schriften juristischen Inhalts Bd. I. S. 163 —176. aus Anlaß der neueren Kriegsgeschichte Deutschlands eine mit unserem Text übereinstimmende Entscheidung ex jure postliminii liefert.

Schwieriger ist die Frage, wenn nur Ein Theil das vitium rei kannte, der Andere aber nicht. — Nichtigkeit des Vertrags müssen wir wohl immer als Regel annehmen, l. 34. §. 1. l. 22. 23. 24. l. 62. §. 1. D. 18. 1. — l. 1. C. 9. 19. — l. 70. D. 18. 1., ohne daß es auf das Bewußtseyn der Contrahenten ankommt. Singuläre Grundsätze gelten nur, wenn ein freier Mensch als Sclave, oder wenn eine res furtiva verkauft worden ist; denn in beiden Fällen ist der Verkauf nur dann ungiltig, wenn der Käufer das vitium rei kannte, l. 34. §. 1—3. D. 18. 1. Wenn nun aber in der Regel der Verkauf einer res extra commercium unzuläßig ist, so bleibt doch noch in Frage, ob nicht wenigstens unter den Contrahenten Verbindlichkeiten, namentlich wegen des non licere habere, entstehen können. Kannte der Käufer das Hinderniß, so versteht es sich wohl von selbst, daß er die Folgen nur sich selbst zu imputiren hat, und umgekehrt haftet der Verkäufer ex dolo, wenn nur ihm das Hinderniß bekannt war; §. 5. J. 3. 23. War aber beiden Theilen das Hinderniß un=

bekannt, so ist es zweifelhaft, ob auch da der Verkäufer schlechthin hafte, oder nur, wenn ihm ein dolus zur Last fällt. Die Literatur über diese Streitfrage s. Mommsen Beitr. zum Oblig.-Recht Abth. I. S. 118. Für Ersteres scheint l. 8. §. 1. D. 11. 7. — l. 62. §. 1. D. 18. 1. entscheidend; auch wird derjenige nicht wohl von einer culpa lata frei zu sprechen seyn, welcher darüber unbekümmert geblieben ist, ob er das, was er verspricht, auch leisten könne, cf. l. 39. §. 3. D. 21. 2. Vorausgesetzt wird indeß, daß der Käufer nicht selbst sich eine supina ignorantia vorzuwerfen habe; l. 15. §. 1. D. 18. 1.

Zu 4) Dem Eigenthümer gegenüber ist ein solches Geschäft ohne allen Einfluß auf sein Vindicationsrecht,*) auch wenn beide Contrahenten im guten Glauben waren; v. Hartitzsch Entscheid. no. 227., Glück Thl. XVI. S. 34. Aber auch umgekehrt ändert das Vindicationsrecht des wahren Eigenthümers nichts an den Rechten und Verbindlichkeiten, welche aus jedem Kaufsgeschäft zwischen Käufer und Verkäufer entspringen, wenn sie sich bei demselben in bona fide befanden; nämlich wenn Keiner von ihnen wußte, daß die Sache eine fremde oder gestohlne sey. Der Käufer in bona fide kann die fremde Sache durch Ersitzung erwerben, l. 7. §. 17. D. 6. 2. — l. 2. l. 5. C. 4. 51., und wenn sie ihm vor deren Vollendung abgestritten wird, seinen Regreß am Verkäufer nehmen; l. 1. D. 21. 2. — l. 6. C. 8. 45. War aber das Geschäft mala fide eingegangen, so sind folgende Fälle zu unterscheiden:

a) Beide Theile wußten, daß die Sache gestohlen sey; dann muß man behaupten, daß auf keiner Seite eine Verbindlichkeit entstehe, l. 34. §. 3. D. 18. 1., Schilling Lehrb. Bd. III. S. 350., Höpfner Instit. §. 867. no. 6. Zwar behauptet Glück Thl. XVI. S. 35. das Gegentheil, nämlich daß der Kauf unter den Contrahenten und zwar auf beiden Seiten verbindlich sey; allein die von ihm angeführten Gesetze l. 34. cit. und l. 57. §. 3. D. 18. 1. sprechen nichts Anderes als die Wirkungslosigkeit des Kaufes aus.**) Gleiche Wirkungs-

---

*) Eine Ausnahme entspringt jedoch aus den noch h. z. T. als geltend angenommenen fiscalischen Privilegien, denn nach l. 2. 3. C. 7. 37. — l. 5. C. 10. 3. wird derjenige, welcher etwas vom fiscus rechtskräftig erstanden hat, sogleich Eigenthümer, wenn es auch der fiscus nicht war, und dem wahren Eigenthümer wird nur 4 Jahre lang eine Regreßklage gegen den fiscus gestattet; Hufnagel Mittheil. aus der Prax. d. Würt. Civilgerichte. H I. no. 60.

**) Auch ein vom Verkäufer auf den Fall seines Zurücktritts dem Käufer zugesagter Reukauf ist, wenn beide Theile wußten, daß der Gegenstand eine

losigkeit muß man auch dann annehmen, wenn die Sache mit beider Theile Wissen dem Commerz, z. B. durch ein Ausfuhrverbot entzogen war; v. Gönner Rechtsfälle Bd. I. no. 3. §. 24.

b) Nur Einer von beiden Theilen kannte das vitium rei. War dies

1) der Verkäufer, so behält er alle Contractsverbindlichkeiten gegen den Käufer, l. 62. D. 18. 1., also insbesondere die Evictionsverbindlichkeit, l. 30. §. 1. D. 19. 1., daher auch des Käufers Verbindlichkeit gegen den Verkäufer nicht alterirt wird. — War es

2) der Käufer, so entsteht für ihn eine Verbindlichkeit aus dem Contract, aber keine für den Verkäufer; Höpfner a. a. O., Glück a. a. O. Z. B. ein dem Vollzug einer bedungenen Getreidelieferung entgegenstehendes Aufkaufsverbot war nur dem Käufer, nicht auch dem Verkäufer bekannt, so kann der Käufer nicht nur keinen Anspruch an den Verkäufer erwerben, sondern muß ihm auch allen Schaden ersetzen; s. v. Gönner a. a. O. Aehnlich ist der Fall, wenn ein bedingtes Ausfuhrverbot vorliegt, z. B. die Exportation nur gegen Erholung eines besonderen Regierungspasses gestattet ist. Der Verkäufer, welchem dieses ebenso wie dem Käufer bekannt ist, kann, wenn Letzterer unbedingt kaufte, voraussetzen, daß der Käufer im Besitz eines solchen Passes, oder der Erlangung desselben gewiß sey. Die Nichtrealisirung geht also dann lediglich auf Gefahr des Käufers; v. Gönner a. a. O.

Aehnliche Bewandtniß, wie mit der res extra commercium, hat es mit der res extincta:

I. Wußten beide Contrahenten, daß der Gegenstand des Contracts ganz oder zum Theil vernichtet sey, so entscheidet l. 57. §. 3.

---

fremde Sache sey, ungiltig, weil eine Conventionalstrafe immer eine giltige Hauptverbindlichkeit voraussetzt; Thibaut System §. 83. (Ed. 8.) Doch kann, wenn beide Theile in bona fide waren, der Verkäufer, weil er den Eigenthümer zur Zustimmung bewegen zu können glaubte, der Käufer, weil er dieser Versicherung traute, ein Zweifel entstehen, ob es sich um einen eigentlichen Reukauf handle, nämlich ob die Stipulation nur auf den Fall gerichtet war, wenn der Verkäufer den Kauf nicht mehr perficiren wollte, oder auch wenn er ihn nicht perficiren könnte; Hufnagel Mittheil. aus d. Prax. d. Würt. Civilgerichte no. 99.

D. 18. 1. nihil actum fuisse, dolo inter utramque partem compensando. *)

II. War die völlige Nichtexistenz beiden Contrahenten unbekannt, als sie den Kauf abschlossen, so ist dieser ebenso nichtig, l. 57. pr. D. 18. 1., und nicht minder, wenn zwar der Verkäufer es wußte, aber der Käufer nicht, §. 1. der l. cit.; doch kann dann der Käufer, wenn ihn die Täuschung in Kosten und Schäden versetzt hat, den Verkäufer darum in Anspruch nehmen, Glück Thl. XVI. S. 37.

III. Wenn nur ein Theil des Kaufobjects zur Zeit des geschlossenen Kaufs schon zerstört war, so muß man folgendermaßen unterscheiden: a) wußten es beide Theile nicht, so kommt es vorzüglich darauf an, ein wie großer Theil des Kaufobjects vernichtet ist. War es nämlich der größere, so kann der Käufer nicht gezwungen werden, den Kauf zu vollziehen, und kann auch das schon Bezahlte zurückfordern; ist aber nicht über die

---

*) So das Gesetz; manche Rechtsgelehrte meinen indessen, man könne da nicht immer einen dolus voraussetzen. Dieser Meinung scheint Göschen Vorlesungen Th. II. Abth. II. S. 335. no. 3. zu seyn, wenn er sich so ausdrückt: „Beide Contrahenten wissen, wie es steht, dann ist, inwiefern sie darauf ausgegangen sind, einander gegenseitig zu übervortheilen, der Vertrag ohne alle Wirkung." Bestimmt wird dagegen die Voraussetzung eines dolus behauptet in Strippelmann Samml. bem. Entscheid. d. O.-A.-Ger. zu Cassel Th. III. Abth. I. no. XXIX. Es wird nämlich gesagt: von einem dolus beider Contrahenten könne man nur in dem Falle reden, wenn jeder derselben in der Meinung stand, der andere Theil wisse von dem fraglichen Zustand der Sache nichts, und zugleich beabsichtigte, diese Unkenntniß zur Uebervortheilung des Andern zu benützen. Der zu entscheidende Fall war dieser: B. ersteht meistbietend eine vom A. verkaufte Hofraith mit Scheuer. Statt der letzteren waren aber, wie wohl Beide wußten, nur einige beisammengelegene Balken und Ziegel vorhanden. Als nun A. auf den Kaufpreis klagt, setzt B. die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegen, und behauptet, der Verkäufer müsse für das, was er nicht in natura leisten könne, das Interesse prästiren, indem er (Käufer) mit Recht vorausgesetzt habe, daß der Kläger, was er versprochen, auch zu gewähren, mithin auch die Scheuer wiederherzustellen gesonnen sey. Demungeachtet wurde der Käufer, weil er den Zustand gewußt habe, unter Abweisung seiner Einrede zur Zahlung des Kaufgelds verurtheilt. — Wenn aber auch der Verkäufer nicht in dolo war, so möchte man doch wohl sagen: utrimque nihil actum fuisse; l. 57. §. 3. cit. Wenn jeder Theil etwas Anderes dachte, als der andere, und als wörtlich ausgedrückt war, so war gewiß kein consensus vorhanden. Etsi consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura esse desierit, nulla emtio est; l. 15. pr. D. 18. 1. — l. 44. D. 18. 1.

Hälfte vernichtet, so kann der Käufer nur verhältnißmäßige Reduction des Kaufpreises verlangen; l. 57. pr. cit. — b) Wußte es nur der Verkäufer, so muß er dem Käufer das Interesse prästiren, und umgekehrt c) wenn es nur der Käufer wußte, so büßt er seine eigene Schuld, indem er für den von ihm versprochenen Kaufschilling nicht mehr erhält, als vorhanden ist, und von ihm vorhanden gewußt war; l. 57. §. 2. cit.

Zu 5) Der Verkauf*) muß, wenn die Consummation in die Periode des neuen Gesetzes, z. B. eines Ausfuhrverbotes, fällt, und

*) Nicht immer wird übrigens ein Verkaufsgeschäft dadurch nichtig, daß dem Käufer in seinem besonderen Verhältniß der Besitz des Gegenstandes nicht gestattet ist, z. B. eine Verordnung, nach welcher ein Staatsdiener Güter, die in seinem Amtsbezirk liegen, nicht besitzen darf, kann, wenn diese Beschränkung blos auf dem Dienstvertrag, oder einer die vertragsmäßigen Verhältnisse zwischen dem Staat und dem Staatsdiener festsetzenden Dienstpragmatik beruht, und nicht in einem Gesetz die Nichtigkeit angedroht ist, nicht gegen Dritte, mit welchen ein Staatsdiener ein solches Geschäft contrahirt hat, Wirkung haben; Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. II. S. 256.

Veräußerungsverbote müssen auch in ihrer Wirkung nicht über ihren Grund ausgedehnt werden, z. B. das reichsgesetzliche Verbot des Kaufs und Verkaufs der Früchte auf dem Halm kann nicht einem Lieferungsvertrag entgegengesetzt werden, wodurch Jemand sich verbindet, eine gewisse Quantität des im Lauf des Jahrs erzeugten Getreides dem Andern um einen bestimmten Preis zu liefern. Auf den Verkauf des Hopfens auf der Stange wäre die Anwendung selbst dann bedenklich, wenn Landesordnungen das Verbot auf alle zur menschlichen Nahrung dienenden Früchte erstrecken würden, denn der Hopfen ist kein selbständiges Nahrungsmittel, durch dessen Aufkauf Uebertheurung der nothwendigsten Lebensmittel entstehen könnte; Seuffert und Glück a. a. O. S. 47. Nur den Schutz des Producenten gegen Bedrückung im Preis bezweckt die Bestimmung der R.-P.-O. v. 1577. Tit. 19. §. 3., welche den Verkauf der Früchte im Feld, namentlich Wein und Getreide, nur dann gelten läßt, wenn der zur Zeit des Contracts oder 14 Tage nach der Ernte geltende Preis eingehalten wird. Einen Commentar dieses Gesetzes s. Gerstlacher Handb. Th. X. S. 2143.

Nur ein gesetzliches Veräußerungsverbot macht den Kauf nichtig, l. 34. §. 1. D. 18. 1. — §. 5. J. 3. 23.; ein vertragsmäßiges gewährt, wenn nicht ein dingliches Recht besonders begründet ist, cf. l. 7. §. 2. D. 20. 5., nur eine persönliche Klage gegen den Verkäufer auf das Interesse, arg. l. 75. D. 18. 1. — l. 21. §. 5. D. 19. 1. — l. 135. §. 3. D. 45. 1. Ein obrigkeitliches Verbot schadet dem Käufer alsdann nicht, wenn er nicht wußte, daß dem Verkäufer ein Verbot geschehen sey: l. 12. D. 41. 3., Schilling Lehrb. Bd. III. S. 352. Anm. c. Was gegen ein testamentarisches Verbot verkauft ist, kann von dem, zu dessen Gunsten es gegeben ist — wenn dies bestimmt erhellet, l. 114. §. 14. D. de legat. I. (30.) — vindicirt werden; l. 69. §. 3. l. 77. §. 27. D. de legat. II. — l. 3. §. 2· 3. C. 6. 43.

durch dieses verhindert wird, für nichtig erkannt werden. Der Verkäufer muß also seine Waare behalten, und den etwa schon empfangenen Kaufpreis zurückgeben; s. Bd. I. S. 44. Fr. 2., Leyser Med. Sp. 190. med. 1—3., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IX. no. 468. Ist etwas verkauft worden, das einem bereits bestandenen gesetzlichen Veräußerungsverbot unterlag, so ist zwar die Erfüllungsklage offenbar unzulässig, ob aber dem Verkäufer, welcher die Sache schon übergeben hat, die Zurückforderung zu gestatten sey, wird von einigen verneint, im Fall er das Verbot kannte; Glück Thl. XVI. S. 40., Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 76. S. 322. Allein es ist richtiger, der Zurückforderung unter allen Umständen wegen der auf Gründen des öffentlichen Interesse beruhenden Nichtigkeit des Geschäfts Statt zu geben, indem außerdem das Gesetz stets willkürlich umgangen werden könnte; l. 34. §. 1. D. 18. 1., Leyser Sp. 190. med. 1., Emminghaus Sächs. Pand. S. 546. no. 4.

Zu 6) Es scheint zwar nicht ohne Grund zu seyn, wenn der Käufer, welcher anfänglich um 5000 Thlr. kaufte, aber durch die von Seite minorenner Mitkäufer herbeigeführte Versteigerung auf 5500 Thlr. getrieben wurde, den nunmehrigen Mehrbetrag des Kaufpreises blos den Minorennen für ihren Antheil daran zu entrichten sich verpflichtet hielte, weil ja der erste Verkauf nur in Beziehung auf sie nicht verbindend war, wohl aber für die anderen Consorten, durch die Befriedigung jener aber dem die Subhastation gebietenden Gesetze völlig Genüge geschieht, wenn an dem Erlös, da dieser theilbarer Natur ist, ihr Antheil ausgeschieden wird. Allein das verkaufte Immobile war als ein untheilbares Ganze Gegenstand des Verkaufs, und dem Begriff eines Ganzen konnten die nicht abgesonderten, sondern blos intellectuellen Antheile der Minderjährigen nicht entgegenstehen. Daraus folgt, daß wegen unterlassener Versteigerung der Verkauf im Ganzen ungiltig war, mithin alle daraus erwachsenen gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten als aufgelöst zu betrachten sind. In causa individua — und als solche war der Verkauf behandelt — kommt die restitutio minorum bekanntlich auch den volljährigen Mitinteressenten zu Statten; Kapff merkw. Civilrechtssprüche Bd. I. S. 195.

Zu 7) v. Hartitzsch Entscheid. prakt. Rechtsfragen no. 463. behauptet: im Zweifel sey eher für einen Kauf als für eine Commission zu vermuthen; dagegen Curtius Handb. d. Sächs. Civilr. Th. IV. §. 1532 b. lehrt: wenn die Zusendung erbeten war, so sey ein Kauf, wenn sie unverlangt geschehen war, ein Commissionsgeschäft

zu vermuthen. Die letztere Ansicht dürfte sich aus dem wesentlichen Grundsatz rechtfertigen, daß ein Kauf beiderseitigen Consens erfordert, und kein Grund vorhanden ist, welcher zur Annahme eines stillschweigenden Consenses berechtigen könnte. Der Consens des Empfängers müßte daher im Voraus gegeben seyn, was dann der Fall ist, wenn von ihm ein allgemeiner Auftrag ertheilt war, ihm von Zeit zu Zeit die in sein Geschäft einschlagenden Novitäten zu senden. Diese wären dann, wenn der Empfänger sie nicht ohne Aufschub dem Absender zur Disposition stellen würde, als für feste Rechnung genommen anzusehen, wenn nicht aus besonderer Uebereinkunft oder aus der gewohnten Art des Geschäftsbetriebs ein Anderes hervorgeht; v. Hartitzsch a. a. O. no. 464. — Hinsichtlich der Frage: ob der Empfänger einer unverlangten und nicht für seine Rechnung anerkannten Waare dieselbe zur Sicherheit des Absenders verassecuriren zu lassen verbunden sey, sind die Meinungen verschieden; allein ohne das Hinzukommen eines besonderen verbindenden Verhältnisses*) muß die Frage — wie von den Obergerichten in Hamburg geschehen — wohl verneint werden. Mandatum non suscipere cuilibet liberum est; §. 11. J. 3. 27., s. Hamburg. Archiv f. d. Handelsr. Bd. II. S. 36.

Zu 8) Die meisten Rechtsgelehrten nehmen zufolge l. 35. §. 1. D. 18. 1. an: der Kaufpreis könne weder in die Willkür, noch in das billige vernünftige Ermessen des Käufers**) gestellt werden; Thöl Handelsr. Thl. I. §. 64., Glück Thl. XVI. S. 81. und die daselbst in Anm. 50. S. 83. angeführten Schriftsteller. In keinem Fall ist es wohl unbedingt anzuerkennen, wenn in Freiesleben et Höpfner dubitat. ad jus civile spectant. pag. 19. behauptet wird: unter Handelsleuten gelte ein Waarenverkauf, worüber der Preis dem arbitrio des Käufers überlassen ist. Indessen kommen im Leben häufig Fälle vor, wo weder der Käufer, noch der Verkäufer einer erst noch zu

---

*) Mehrere Fälle dieser Art s. Benecke System des Assecuranz- und Bodmereiwesens Th. I. S. 348.; z. B. wenn eine permanente Geschäftsverbindung zwischen A. und B. bestanden hat, dergestalt, daß B. für die von A. committirten Waaren regelmäßig die Assecuranz besorgt hat; Meno Pöhls Assecuranzrecht Th. I. S. 41.

**) Unbedenklich aber in das Ermessen eines Dritten (arbitrator). Desfalls sind die Interessenten, wenn er den Preis bestimmt, schlechterdings daran gebunden; kann oder will er ihn aber nicht bestimmen, so ist das Kaufsgeschäft nichtig; l. 15. C. 4. 38. - §. 1. J. 3. 23. Aber nur in das Ermessen eines bestimmten, nicht eines unbestimmten Dritten kann der Kaufpreis gestellt werden; arg. l. 25. pr. D. 19. 2, vgl. jedoch l. 16. §. ult. D. de pignor. (20. 1.)

fertigenden oder noch zu vollendenden Sache das pretium justum mit Sicherheit voraus zu bestimmen sich getrauen.*) Sollte da bei nicht voraus bestimmtem Preis das Geschäft geradezu für nichtig, sollte es nicht vielmehr (l. 22. §. 1. D. 50. 17.) dem arbitrio boni viri rücksichtlich der Preisbestimmung unterworfen erachtet werden? Das Letztere behaupten Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 1905 b. und die bei Glück a. a. O. S. 81. Anm. 48. cit. Autoren, und besonders war Thon in Linde's Zeitschr. Bd. X. S. 202. dieses auszuführen und dafür eine Ausnahme von der Regel geltend zu machen bemüht. v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 632. erkennt es übrigens nicht für einen eigentlichen Ausnahmsfall, indem nach römischer Ansicht hier kein Kaufcontract,**) pr. §. 1. J. 3. 24. — l. 35. §. 1. D. 18. 1. — l. 2. pr. D. 19. 2., sondern ein Innominatcontract anzunehmen sey, vermöge dessen der, welcher ohne Vorausbestimmung des Preises die Waare geliefert oder die Arbeit gefertigt hat, mit der act. praescriptis verbis ein entsprechendes Aequivalent in Geld fordert, wobei aber nach den Grundsätzen des arbitrium boni viri, wenn eine manifesta iniquitas vorhanden, eine richterliche Herabsetzung stattfinden könne; l. 79. D. 17. 2.

Zu 9) Was mit dem Gut oder Grundstück im wesentlichen Zusammenhang stehend erkannt wird, ist als mit verkauft anzusehen, l. 17. §. 2. u. 11. D. 19. 1., s. auch Bd. I. §. 34. zu Fr. 11. 13.

---

*) Vgl. oben allgem. Theil §. 208. zu Fr. 1. von der obl. certi und incerti.

**) Auch zwischen emtio venditio und locatio operarum sind die Grenzen schwankend, wenn gegen einen bestimmten Preis Arbeiten gefertigt werden sollen. Für ein Kaufsgeschäft wird entschieden, wenn der Verfertiger den Stoff dazu gibt, im umgekehrten Fall aber für eine locatio conductio; Gaj. III. 147. — §. 4. J. 3. 24. — l. 20. D. 18. 1. — l. 22. §. 2. D. 19. 2. Hiermit stimmt auch l. 65. D. 18. 1. überein, für welche zwar Leist in Linde's Zeitschr. Bd. XVII. S. 374. eine veränderte Lesart vorschlägt, dagegen v. Vangerow a. a. O. die alte Lesart, besonders auch wegen ihrer Uebereinstimmung mit den Basiliken XIX. 1. 63. bei Heimb. T. II. pag. 267. in Schutz nimmt. — Vom Erforderniß eines pretii veri ist zu bemerken: gewöhnlich versteht man darunter, daß der Preis wirklich und ernstlich als Gegenleistung betrachtet worden sey. Ist dies wegen gänzlicher Unverhältnißmäßigkeit nicht möglich, so muß nach Analogie der l. 46. D. locati cond. (19. 2.) eine Schenkung angenommen werden, aber außerdem gilt das Geschäft als Kauf, wenn es auch noch so vortheilhaft für den Käufer ist, sobald die Summe der Gegenleistung sich dem Werth des Gegenstandes insoweit annähert, daß von ihr als einem Aequivalent die Rede seyn kann; Sintenis Civilr. Bd. II. §. 116. sub. III. z. E.

Außer diesem müssen die instrumenta fundi besonders erwähnt werden, um sie im Kauf für inbegriffen zu achten, analog demjenigen, was von dem fundo legato in den Gesetzen bestimmt ist; l. 14. D. 33. 10., Leyser Sp. 209. med. 8., Walch controv. jur. civ. pag. 597. §. 8.

Zu 10) Es wird angenommen, als seyen dem Käufer mittels des Kaufgeschäfts die Klagen cedirt, so daß er das Klagrecht des Verkäufers actione utili auch für sich geltend machen könne. Z. B. ein Spediteur hat die ihm zur Beförderung übermachten Waaren wegen einer an den Versender gehabten Forderung, welche jedoch mit diesem Geschäft außer allem Zusammenhang stand, auf eine dem Käufer der Waaren zu großem Schaden gereichende Weise zurückgehalten; unbedenklich wird ihm da die Klage gegen den Spediteur zugestanden. Uti enim emtor ex persona sui venditoris actionibus mandatis experiri potest, ita suo nomine actione utili recte utetur. Post venditionem vero utiles actiones dantur emtori; arg. l. ult. C. 4. 15. — l. 13. §. 12. D. 19. 1. — l. 13. D. 18. 6.

Zu 11) Man kann nur dann annehmen, daß der Kaufpreis creditirt und somit das Eigenthum der Waare auf den Käufer übergegangen sey, wenn Zahlungstermine oder auch Zinsen bedungen sind, oder der Verkäufer sich für die Kaufsumme Bürgen oder Pfänder hat bestellen lassen. Aus der bloßen Zusendung bestellter Waaren ist die Creditgebung noch nicht zu folgern. Zwar behauptet Mevius P. IV. dec. 206. und Menoch de praesumt. Lib. III. praes. 79. no. 4.: fides de pretio habita est, cum ante pretii solutionem traditio fit, ablatio permittitur. Allein die Gesetze gestatten vielmehr nur die Vermuthung, daß die Uebergabe in Erwartung dagegen erfolgender Zahlung geschehen sey; §. 41. J. 2. 1. — l. 19. D. 18. 1., v. Quistorp rechtl. Bemerk. Bd. II. S. 168., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VIII. Med. 416., Walch controv. jur. civ. pag. 599. §. 10., Seuffert Erört. einzelner Lehren d. röm. Privatr. Abth. II. S. 26., Treitschke Lehre vom Kauf §. 78. Zweifelhafter ist es im mercantilischen Verkehr, ob der Kaufpreis als creditirt anzusehen sey, wenn auf dem Platze eine Waare ohne besondere Verabredung über die Zahlungszeit verkauft ist, oder wenn für Waaren, die von auswärts her bestellt sind, der Verkäufer bei deren Absendung über den Betrag einen a Uso gestellten Wechsel auf den Käufer trassirt. Man kann im ersten Falle sagen, es sey stillschweigend per contante verkauft, mithin, wenn die gewöhnliche Zahlungszeit von 4—6 Wochen nicht verlängert wurde, keine Creditgebung vorhanden. Im zweiten Fall scheint mit der Uebergabe der Waare gleichzeitig das Verlangen der Zahlung

hervorzutreten, und die Wechselfrist nicht einen nothwendigen oder absoluten Schluß auf Creditgebung zu begründen, denn da bei den von auswärts gezogenen Wechseln doch immer einige Zeit dazu gehört, damit dieselben in die Hände des Käufers kommen, so erkläre sich hieraus der offen gelassene Zeitraum genügend. Allein in beiden Fällen setzt sich der Verkäufer doch außer Stand, die Zahlung unmittelbar nach der Uebergabe zu fordern, und setzt im Gegentheil den Käufer in den Stand, ungehindert seiner über die Waare auf jede beliebige Weise, und ohne sich zur Zeit um die Zahlung zu bekümmern, zu disponiren. Es gilt hier also, was in l. 1. D. 12. 1. gesagt ist: Cuicunque rei adsentiamur alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, *credere* dicimur. Zum Daseyn des Creditirens gehört nicht gerade eine Verabredung darüber, sondern es ist schon vorhanden, wenn der Verkäufer tradirt, während er weiß, daß er nicht sogleich befriedigt wird; Seuffert Erört. Abth. II. S. 26., Erk. d. O.-A.-G. zu Dresden im Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1852. no. 30. Was insonderheit den Grund anbetrifft, welcher uns bei den über den Kaufpreis gezogenen Wechseln für die entgegengesetzte Meinung zu sprechen schien, so würde derselbe nur dann entscheidend seyn können, wenn solche Wechsel, die gewöhnlich unter demselben Datum, an welchem das Connoissement über die Waare an den Besteller abgesendet wird, gezogen zu werden pflegen, nur auf die Frist lauteten, welche ihre Ueberkunft bis an den Wohnort des Bezogenen erfordert. Allein das Uso bei den Wechseln enthält nicht blos diese, sondern noch daneben eine billige Zahlungsfrist für den Acceptanten, und es ist daher das ganz Gewöhnliche, daß solche Wechsel lange vor dem Verfalltag zur Acceptation gebracht, und daß lange vor dem Verfalltag die Waaren bei dem Empfänger angekommen, und wohl gar schon von ihm weiter veräußert sind; Heise u. Cropp jurist. Abhandl. Bd. I. S. 425.

Die häufige Vorkommenheit im Handelsverkehr, daß der Käufer einer Waare dagegen Wechsel-Accepte gibt, führt noch zu einer andern Zweifelsfrage. Z. B. A. empfängt vom B. 39 Ballen Wolle im Betrage von 5215 Thlrn., wogegen er dem Verkäufer acceptirte Wechsel ausstellt. Unter die Rechnung quittirt nun der Verkäufer obenstehenden Betrag in Accepten

pr. 7. März	1500 Thlr.
pr. eodem	1107 Thlr. 12 gGr.
pr. med. April	1107 Thlr. 12 gGr.
pr. eodem	1500 Thlr.

empfangen zu haben. In der Zwischenzeit verfällt A. in Concurs; B. will, weil auch beim Verkauf auf Credit, wenn der Käufer bei der Tradition nicht in bona fide, sondern im Begriff der Insolvenz war, die Reclamation des Absenders noch stattfindet, die Wolle, soweit sie noch vorhanden, vindiciren, wogegen aber der Massacurator dessen Zurückweisung verlangt, indem der Kaufpreis nicht creditirt, sondern vielmehr berichtigt sey, wie die Quittung besage. Da fragt sich nun: liegt in der Ausstellung eines Wechsels, sey es Proprewechsel oder Tratte, eine Novation, durch welche die ursprüngliche Verbindlichkeit getilgt und eine neue begründet wird? Kann also B. nun blos seine Wechsel im Concurs des A. liquidiren? Man möchte dies um so mehr behaupten, als die acceptirten Wechsel ein wirkliches sofort durch Giri zu realisirendes und daher der Baarzahlung formell gleichzustellendes Zahlungsmittel dargeboten hatten. Man würde es aber doch nur dann behaupten können, wenn über die ursprüngliche Verbindlichkeit ausdrücklich eine Quittung ertheilt worden wäre. Allein der Verkäufer hatte doch nicht den Kaufpreis, sondern nur den Empfang der Accepte bescheinigt. Es läßt sich nicht wohl behaupten, daß die Ausstellung eines Wechsels eine Novation darstelle, indem unter den vorliegenden Umständen der Wechselcontract blos accessorischer Natur war, insofern dadurch eine schon bestehende Verpflichtung nur verstärkt wurde; Püttmann Grds. d. Wechselr. §. 10. In allen Fällen aber, wo eine übernommene Verbindlichkeit nicht schlechterdings unvereinbar mit der Fortdauer der früheren ist, bestehen beide Verbindlichkeiten neben einander fort; Gottschalk Analecta jur. Sax. Cap. 12. pag. 281. Von einer Novation konnte hier überhaupt nicht die Rede seyn, da gleich anfänglich verabredet war, daß der Kaufpreis in Accepten berichtigt werden sollte; derjenige hat aber offenbar auf Credit verkauft, dem der Kaufpreis in Accepten zugesagt wurde, Kritz Samml. von Rechtsfällen Bd. II. no. VIII. [Die Frage, ob in der Ausstellung, Acceptirung oder Indossirung eines Wechsels eine novatio enthalten sey, gehört noch zu den bestrittenen; Kunze Wechselr. S. 73. 74., Seuffert's Archiv XIII. no. 158., Ladenburg Arch. f. pr. Rechtsw. VII. S. 1–26.]

Zu 12) Da an einem bereits abgeschlossenen Vertrag einseitige Abänderung oder Hinzufügung von Bedingungen nicht stattfindet, so kann der Verkäufer nur durch das Eintreten außerordentlicher Umstände, welche die bei der Tradition nothwendige bona fides ausschließen, z. B. bewußte Insolvenz, Gefahr heimlicher Entfernung ꝛc.

das Cautionsbegehren rechtfertigen; Hagemann prakt. Erörter. Bd. V. no. 6.

Zu 13) Wenn die Lieferungszeit in die Periode des ausgebrochenen Concurses fällt, so braucht zwar der Verkäufer nicht anders als gegen vollständige baare Zahlung zu liefern, und kann nicht in die Masse als Gläubiger geworfen werden, ihn schützt vielmehr das Retentionsrecht, vermöge dessen derjenige, von welchem aus einem zweiseitigen Vertrag eine Leistung gefordert wird, diese zurückhalten kann, bis der Andere die Gegenleistung darbietet; l. 13. §. 8. D. 19. 1., Thibaut System §. 311 b. Gleichwohl läßt sich aber nicht behaupten, daß das Verkaufsgeschäft durch das Falliment des Käufers absolut nichtig werde. Die Concursgläubiger, welche ihn repräsentiren, können die dem Schuldner aus dem Lieferungsvertrag erworbenen Rechte ausüben, wenn sie den Vertrag für sich vortheilhaft finden. Die actio emti ist unstreitig ein Theil der Güter des Falliten und also durch die cessio bonorum der Ausübung nach auf die Gesammtgläubigerschaft übergegangen, gegen welche sich der Verkäufer der Annahme des stipulirten Preises eben so wenig weigern kann, als er es gegen den Käufer selbst gekonnt hätte, wenn das Falliment bei ihm nicht eingetreten wäre; Heise im Hamburg. Archiv f. d. Handelsr. Bd. II. S. 279., Gmelin Ordnung der Gläubiger S. 51.

Zu 14) Glück Thl. XVII. S. 190. spricht zwar den vor der Tradition gefundenen Schatz dem Käufer zu, räumt aber ein, daß die meisten Rechtsgelehrten ihn noch als Eigenthum des ihn findenden Verkäufers erkennen (s. die in Anm. 60. u. 62. angeführte Literatur über diese Streitfrage), und dieser Meinung mag wohl auch der Vorzug gebühren. Zwar scheint für den Käufer der ihm auf alle commoda rei unstreitig zukommende Anspruch zu entscheiden, l. 1. C. 4. 48.: Post perfectam venditionem omne commodum, quod rei venditae contingit, ad emtorem pertinet. Allein man kann den gefundenen Schatz ebensowenig für eine Nutzung der Sache als für ein commodum rei ansehen, weil er nicht von der Sache herrührt, und kein Annexum,*) sondern ein von dem Gut, auf welchem er gefunden wird, ganz abgesonderter Gegenstand ist. Ebensowenig kann man den gefundenen Schatz als eine Zubehör des Grundstücks oder Gebäudes ansehen.

---

*) Man betrachtet zwar den verborgenen Schatz deswegen häufig als eine Accession des Grundstücks, weil dem Eigenthümer des letzteren doch die Hälfte vom Finder abgetreten werden muß; allein dies scheint mehr eine Vergütung für die von ihm zu erholende Erlaubniß zum Nachgraben zu seyn, dessen er sich auf diese Weise begab.

Die l. 67. D. 6. 1. kann vom Käufer nur dann für sich angeführt werden, wenn durch die Uebergabe des Hauses oder Grundstücks, worin sich der verborgene Schatz befindet, der Eigenthumsübergang schon bewirkt war; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. V. Med. 308., Köchy civilist. Erörter. Bd. I. S. 246. not. z. Unstreitig gehört dem Verkäufer ein später gefundenes Geld; si non thesauri fuerunt, sed pecunia forte perdita, vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat, non ablata, nihilo minus ejus eam esse, cujus fuerat; l. 67. cit.

Zu 15) So viel als im Durchschnitt, eines in das andere gerechnet. Z. B. A. hatte sich verpflichtet, seinem Gutsherrn aus einem Scheffel reinen Roggen und einem Viertel Malz durch die Bank wenigstens 10 Kannen recht guten starken Branntwein zu liefern. Dies wollte der Gutsherr so verstehen, als sey A. verpflichtet gewesen, von jedem einzeln gelieferten Scheffel Roggen und einem Viertel Malz wenigstens 10 Kannen zu liefern.*) Allein es mußte vielmehr die ganze Zahl der gelieferten Scheffel Korn und Viertel Malz gegen die ganze Zahl der abgelieferten Kannen Branntwein verglichen, und ausgemittelt werden, ob hiernach auf eine Lieferung 10 Kannen trafen; Madihn Miscellen no. XVIII. S. 81.

Zu 16) Daß den Käufer nicht erst von erfolgter Tradition an, wie Cujacius früher dafür hielt,**) sondern schon von Perfection des Kaufs an die Gefahr treffe, ist von den neueren Rechtsgelehrten allgemein anerkannt; §. 3. J. 3. 24., Glück Thl. XVII. S. 134. u. 143 ff., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. Med. 213., Struben rechtl. Bed. Th. II. Bed. 65., Stryck Us. mod. Lib. 18. tit. 6. §. 1., Cocceji J. C. ej. tit. qu. 2. In Uebereinstimmung damit gehören dem Käufer von dieser Zeit an auch alle commoda rei, l. 1. C. 4. 48. — §. 3. J. 3. 24., folglich fructus pendentes, l. 2. l. 13. C. 4. 49. — l. 13. §. 10. D. 19. 1. In Ansehung der bürgerlichen

*) So scheint es nach der Erklärung in Oertels deutsch. Wörterbuch voc. Bank „durch die Bank oder ohne Ausnahme, ohne Unterschied" und Frisch deutsch-latein. Wörterb. Th. I. S. 56.: omnia sine discrimine et sine ordine, sine delectu." Bestimmter ist der Ausdruck: „eines in das andere gerechnet," vgl. Schwan Dictionnaire allemand et français T. I. pag. 160. „durch die Bank; en gros, l'un portant l'autre." Es kostet mich ein jedes durch die Bank so viel; la pièce m'en revient autant l'un portant l'autre.

**) Er selbst hat aber seine Meinung in der Folge geändert und ist der gewöhnlichen Ansicht beigetreten, wie aus mehreren Stellen seiner Werke bewiesen wird von Wächter im civilist. Archiv Bd. XV. S. 190. Anm. 3.

Früchte sind indessen die Meinungen getheilt, insofern z. B. Pachtgelder erst nach Perfection des Kaufs fällig werden, oder auch, wenn die Nutzungen von solcher Art sind, daß sie in jedem Augenblick gezogen werden können. Im letzteren Fall will Glück Thl. XVII. S. 195 ff. mit Struv und Westphal sie nach der Zeit zwischen dem Käufer und Verkäufer getheilt wissen, im ersteren Fall aber sollen die Pachtgelder, wenn der Kauf vor der Ernte zu Stande kam, dem Käufer, wenn er aber nach der Ernte perfect wurde, dem Verkäufer gehören. Hingegen l. 13. §. 11. D. 19. 1. sagt indistinct: Si in locatis ager fuit, pensiones utique ei cedent, qui locaverat. Idem et in praediis urbanis, nisi quid nominatim convenisse proponatur — was sichtlich damit zusammenhängt, daß auf den Käufer in der Regel weder ein Recht noch eine Verbindlichkeit gegen den vorigen Pachter übergeht, wo aber hiervon eine Ausnahme gilt, wie beim Käufer eines fiscalischen Guts, auch die Consequenz beobachtet ist, daß diesem auch der Pachtzins von Zeit des Kaufabschlusses an gebührt; l. ult. D. 49. 14. Dieser Meinung ist Cujac. Obs. XXV. 31., Schulting Thes. controv. dec. 68. th. 9., Schilling Lehrb. Bd. III. S. 371. Anm. k. k.

Um nun wieder auf die Frage zurückzukommen, wann die Gefahr der verkauften Sache auf den Verkäufer übergehe (vgl. oben allgem. Theil §. 234. Fr. 1.), kommt Alles auf genaue Erwägung der Frage an: Wann ist das Kaufgeschäft perfect? Die l. 8. pr. D. 18. 6. antwortet uns hierauf: Si id, quod venierit, appareat, quid, quale, quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emtio. Da ist denn freilich

a) bei dem unbedingten Kauf einer species die Entscheidung auf platter Hand, und

b) auch wenn etwas Generisches verkauft ist, stellt sich, wenn etwa eine ganze Heerde oder ein ganzer, auf einem gewissen Getreideboden aufgespeicherter Kornvorrath für einen bestimmten in Bausch und Bogen angenommenen Preis verkauft wird, kein Bedenken entgegen, wenn wir das Verkaufsgeschäft als perfect ansehen, sobald Waare und Preis vollkommen bestimmt sind. Si omne vinum, vel oleum vel frumentum vel argentum, *quantumcunque esset*, *uno pretio* venierit, idem juris est, quam in ceteris rebus; l. 35. §. 5. D. 18. 1., Bender Grds. d. Handelsr. §. 78 b. Dagegen bleibt

c) eine Ungewißheit über den objectiven Belauf der Waare und den quantitativen Betrag des Preises alsdann übrig, wenn

ich ein ungemessenes Ganzes, z. B. eine Quantität Oel, Getreide und dergl., um einen für den Centuer oder den Scheffel festgesetzten Preis kaufe, denn weder ich weiß da, wie viel ich zu zahlen haben werde, noch der Verkäufer, wie viel Centner oder Scheffel Waare er gewähren könne.*) Erst durch Zumessung, Zuzählung, Zuwägung wird diese Unbestimmtheit gehoben, nur durch sie wird also der Kauf perfect,**) und erst von diesem Moment an geht folglich die Gefahr auf den Käufer über; l. 35. §. 5—8. D. 18. 1. — l. 1. §. 1. D. 18. 6., Heise im Hamburg. Archiv f. d. Handelsr. Bd. I. no. XVIII. Man kann aber nicht behaupten, daß die Perfection des Kaufs erst von einer Adnumeration abhängig gewesen sey, wenn eine gewisse Anzahl in ein Verzeichniß gebrachter Waaren um einen Gesammtpreis verkauft worden ist; s. Hamburger Samml. Bd. I. 2. S. 329.

d) Ganz consequent kann die Gefahr der verkauften Sache in dem Fall, wenn ich eine species aus einem genus, oder aus einer Totalität eine Quantität, z. B. aus einer Viehheerde 10 Stück, oder aus einer eben angekommenen Schiffsladung Zucker 10 Centner, den Centner zu so und so viel Gulden

---

*) Nach der Meinung Einiger wäre dies zwar keine erhebliche Ungewißheit, welche den Uebergang der Gefahr auf den Käufer hindern könnte, indem eine bloße Unbestimmtheit in der Ziffer nicht die Gewißheit und Uebereinstimmung über das, was man eigentlich beiderseits will, verhindere. Allein mit Recht bemerkt Glück Thl. XVII. S. 172. und v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 635. gegen Voet Comm. ad Pand. Lib. XVIII. tit. 6. §. 4., daß in Gemäßheit der Gesetze zur Uebertragung der Gefahr auf den Käufer nothwendig erfordert werde, daß der Verkäufer mit ihm gänzlich auseinandergesetzt sey, woran es im untergestellten Fall noch mangelt.

**) Nicht darin, daß durch die Zumessung eine Uebergabe bewirkt wird, liegt der eigentliche Grund der Perfection, sondern in der nun vollendeten Gewißheit in Ansehung des Gegenstandes und Preises. Wohl suchen Mehrere das entscheidende Moment in der Uebergabe, Pöhl's Handelsr. S. 190, und dafür scheint l. 14. §. 1. D. 18. 6. zu sprechen. Allein diese Stelle ist doch wohl mit Gebr. Overbeck Med. Bd. IV. S. 103. §. 9. nur dahin zu verstehen: so lange der Käufer aus einem verkäuflichen Vorrath (namentlich Bauholz) die einzelnen Stücke noch nicht ausgewählt hat, die Sache also in specie noch unbestimmt ist, kann die Gefahr erst nach gegebener genauer Bestimmung auf den Käufer übergehen. Das entscheidende Moment wird also wohl richtiger darin erkannt, daß durch die Zumessung, Zuzählung rc. die verkaufte species nunmehr vom genus ausgeschieden ist; Thöl Handelsr. Bd. I. §. 74.

kaufe, nicht eher auf mich als den Käufer übergehen, als nach vorgängiger Zuzählung oder Zuwägung; l. 35. §. 7. D. 18. 1.

e) Halten wir nun den Satz fest, daß, wenn aus einem genus eine species, aus einer Totalität eine bestimmte Quantität gekauft wird, nothwendig eine Ausscheidung der letzteren vorangehen müsse, bevor die Gefahr auf den Käufer übergehen kann,*) so entsteht eine weitere Frage: ob diese Ausscheidung zweiseitig von Statten gehen müsse? Man wird nothwendig antworten müssen, daß sie nicht einseitig vorgenommen werden könne, Thöl a. a. O. Bd. I. §. 74., Heise u. Cropp jurist. Abhandl. Bd. II. S. 631., Struben rechtl. Bed. Th. II. no. 65., und wenn das Geschäft unter Anwesenden vorgeht, wird es gar Niemandem anders einfallen. Allein unter Abwesenden ist der Besteller gewöhnlich genöthigt, dem Absender die Ausscheidung der nach Maaß, Zahl oder Gewicht bestimmten Waare zu überlassen. Durch diese Ermächtigung wird aber die Einseitigkeit aufgehoben, und es erübrigt nur

*) [Dieser „Ausscheidungs- oder Individualisirungstheorie" stellt mit Zugrundelegung eines Rechtsfalls Ihering (i. s. Jahrbb. f. d. Dogmatik IV. S. 366—438.) folgende von ihm s. g. „Lieferungstheorie" gegenüber: Bei dem Kauf generisch bestimmter Gegenstände (mag das genus, zu dem sie gehören, eng oder weit bestimmt seyn, bereits existiren oder nicht, also auch bei erst anzufertigenden Sachen) geht die Gefahr auf den Käufer erst über mit der wirklichen oder durch mora des Gegners verhinderten Lieferung, die Lieferung aber gestaltet sich nach Verschiedenheit der Fälle zwar äußerlich und factisch verschieden, juristisch aber bestimmt sie sich immer darnach, ob und wann der Lieferer das, was ihm nach beiderseitiger Absicht zu thun oblag, gethan hat. Geht also der Contract auf Holen von Seiten des Bestellers, so befreit das vorherige Ausscheiden von Seiten des Lieferers (von der mora accipiendi abgesehen) Letzteren nicht von der Gefahr, er nimmt es zu seiner Bequemlichkeit und auf seine Gefahr vor; geht der Contract auf Bringen, so ist der Lieferer frei, wenn er gebracht, geht er auf Absenden, wenn er abgesandt hat. Wer zu bringen hat und sich auf den Weg macht, hat erst angefangen mit dem, was ihm zu beschaffen obliegt, der Zufall, der die Waare unterwegs trifft, ereignet sich vor beendeter Leistung, wer schicken soll, hat mit der Absendung alles, was ihm obliegt, gethan, der Zufall trifft die Waare nach der seinerseits bereits vollzogenen Leistung. Die Individualisirung oder Ausscheidung kommt bei alledem als solche gar nicht in Betracht, sie ist weder ausreichend, noch nöthig. — Die insbesondere von Thöl ausgeführte Ausscheidungstheorie ist jetzt die herrschende (s. Ihering a. a. O. S. 381.), etwas modificirt erscheint sie bei Heyer: Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. XV. S. 23. Zu der Ihering'schen Ansicht ist noch Bekker in s. Jahrb. des deut. R. V. S. 380 ff. zu vergleichen, welcher in vielen Punkten opponirt.]

noch, daß der Verkäufer dem Käufer, daß und wie die Ausscheidung der contractmäßig fehlerfreien Waare geschehen, auf eine ihm die Erkennbarkeit der species möglich machende Weise zur Kenntniß bringe; Thöl a. a. O., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 635. Es ist daher als Handelsbrauch anzuerkennen, daß die auf Bestellung abgesendeten Waaren, sobald sie abgeschickt worden sind, auf Gefahr des Käufers gehen, gleichviel ob der Fuhrmann oder Schiffer ein Mandatar des Verkäufers oder des Käufers ist, und im ersten Fall, ob er dem Verkäufer vom Käufer aufgegeben ist, oder nicht; Struben a. a. O., Carpzov Decis. 131., Hommel Rhaps. Vol. V. obs. 608. obs. 689., v. Martens Grundriß d. Handelsr. §. 15., Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. I. §. 564. Wohl finden es Manche bedenklich, daß der Käufer die Gefahr übernehmen, und der Consens auf seiner Seite schon als vollständig gelten soll, während er die Waare noch nicht einmal gesehen hat; allein reine Zufälle lassen sich ja überhaupt nicht vorhersehen, und nur von Tragung dieser ist die Rede. Es war daher gewiß nicht richtig von den Hamburgischen Handelsgerichten erkannt, daß sie, wie Thöl a. a. O. §. 74. Anm. 1. berichtet, den Besteller eines Fasses Leinöl, welches beim Abladen vom Wagen vor seinem Hause herabgestürzt und zertrümmert ist, aus dem Grunde von Tragung der Gefahr, welche l. 1. pr. D. 18. 6. ihm ausdrücklich zuweist, frei gesprochen haben, weil er das Oel noch nicht approbirt habe; mit Recht entgegnet vielmehr Thöl a. a. O., daß es ja nicht in der Willkür des Bestellers steht, zu approbiren oder zu reprobiren, wenn der Verkäufer ihm gerechtes Kaufmannsgut schickt, vergl. Samhaber in Linde's Zeitschr. Bd. XIII. S. 291. Ein anderer rechtfertigender Grund für den Handelsbrauch, daß mit der Absendung der bestellten Waare schon die Gefahr auf den Käufer übergehe, wird zwar häufig darin gesucht, daß regelmäßig auch zu gleicher Zeit demselben auch das Connoissement übermacht wird, denn der Empfang der Connoissemente wird im Handelsverkehr gewöhnlich der Tradition gleich geachtet, Bender Handelsr. §. 83., Pöhls Handelsr. S. 181., Dessen Seerecht Th. II. S. 456., v. Martens Grundriß d. Handelsr. §. 15., Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 565., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 392., Elvers prakt. Arbeiten S. 96.; allein diese An=

nahme ist neuerlich so lebhaft bestritten worden,*) daß es schwer hält, dafür einen ganz allgemeinen Handelsgebrauch als feststehend zu behaupten, wenngleich das Vorkommen desselben in vielen Ländern berechtigen mag, ihn als vorherrschend zu erkennen.

f) Nicht unbestritten ist auch die sehr häufige Behauptung, daß im Handelsverkehr die Aufsetzung des kaufmännischen Zeichens auf die Waare durch den Käufer mit Vorwissen des Verkäufers der Uebergabe und Empfangnahme gleich zu achten sey, wonach dann auch die Gefahr nothwendig auf den Käufer überginge; l. 14. §. 1. D. 18. 6., Bender a. a. O. §. 82., Martens a. a. O. §. 15., J. von Som D. de notis mercatorum. Altdorf 1731. §. 25., Kaestner D. de signis mercatorum mercibus impositis. Lips. 1735. Es wird nämlich dagegen eingewendet, daß man darin nur eine Erleichterung des Beweises finden könne, weil bekanntlich das Römische Recht bei dem Zeichnen der Waare vorerst noch auf die Absicht gesehen wissen will, ob die Siegel oder Zeichen deswegen aufgedrückt wurden, um einer Vertauschung der Waare vorzubeugen, oder um die Uebergabe damit zu bezeichnen; l. 1. pr. §. 2. D. 18. 6., Thöl a. a. O. §. 79.

g) Beim bedingten Kauf kommt es darauf an, ob die Gefahr eingetreten ist, während die Bedingung noch schwebte, oder nachdem diese schon existent geworden ist. Im ersten Fall trifft das periculum interitus den Verkäufer, das periculum deteriorationis den Käufer, l. 8. pr. D. 18. 6.; im letzteren Fall trifft nun nach bereits perfect gewordenem Kauf jede Gefahr sowohl des Untergangs als der Verschlechterung den Käufer, leg. cit. Tritt die Bedingung gar nicht ein, so bleibt natürlich alle Gefahr beim Verkäufer, weil dann gar kein Käufer vorhanden ist; si quidem defecit conditio, nulla est emtio, l. 8. cit. Z. B. beim Handel auf Besicht, wenn der Kauflustige die Waare nicht genehmigt; l. 1. pr. l. 4. pr. §. 1. D. 18. 6. — l. 34. §. 6. D. 18. 1.

h) Ist der Kauf bereits perfect geworden, so geht die Gefahr

---

*) Gesterding Irrthümer der Rechtsgelehrten S. 221. und besonders Thöl Handelsr. Bd. I. §. 80., welcher für seine Meinung unter Anderm auch ein Erkenntniß des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands geltend macht.

nichts desto minder auf den Käufer über, wenngleich der Verkäufer sich bis zu einem bestimmten Tag den Gebrauch der verkauften Sache vorbehalten hat, und dieselbe vor diesem Tag durch einen zufälligen Brand untergeht; s. Erk. d. O.-A.-G. zu Lübeck in der Hamburger Samml. Bd. I. 2. S. 331.

Zu 17) In dieser bereits im Bd. I. §. 37. Fr. 28. erörterten Materie hat es die meiste Schwierigkeit mit dem gerade am häufigsten vorkommenden Irrthum über die Eigenschaften der Sache. Eigenthümliche Ansichten entwickelt Renaud im civilist. Archiv Bd. XXVIII. S. 247., indem er die Begriffe von error in substantia, in qualitate u. a. m. als irrelevant, und selbst die vom wesentlichen und unwesentlichen Irrthum als überflüssig betrachtet, und das Ganze vielmehr damit für erschöpft hält, daß man unterscheide: ob der Irrthum bei dem Geschäft so einwirke, daß auf Seite der einen oder andern Partei Willensbestimmung und äußere Handlung nicht zusammenhängen, also die Handlung in Folge des Irrthums nicht mit dem gefaßten Entschlusse übereinstimmt, oder ob der Irrthum diese Wirkung nicht habe. Im ersten Fall mache der Irrthum das Geschäft ungiltig, im zweiten nicht. Wenn nämlich der Irrthum auf die innere Handlung (Willensbestimmung) eingewirkt, einen Entschluß erzeugt, also als Motiv gewirkt habe, so komme er regelmäßig nicht in rechtlichen Betracht. Z. B. es kauft Jemand etwas, was er für golden hält, was aber von irgend einem andern Metalle ist. Der Käufer beabsichtigte, das bestimmte Etwas (ein bestimmtes Individuum) zu kaufen, wobei er von der irrthümlichen Voraussetzung ausging, es sey golden, und kaufte dasselbe wirklich. Oder aber, der Käufer beabsichtete, ein goldenes Etwas (Gold) zu kaufen; weil er nun eine bestimmte Sache für golden hielt, so geschah seine Willenserklärung in Beziehung auf dieselbe. — Im ersten Fall liege — sagt der Verf. — eine übereinstimmende Willensbestimmung und Erklärung vor, also auch eine giltige Rechtshandlung; und die irrthümliche Voraussetznng, welche auf die Entstehung der Willensbestimmung möglicherweise eingewirkt hat, kann als rein innerliches Moment nicht in Betracht kommen. Im zweiten Falle dagegen hat der Irrthum auf die äußere Handlung eingewirkt, und dieselbe in Getrenntheit von dem gefaßten Entschlusse entstehen lassen. Die Absicht des Käufers ging dahin, Gold zu kaufen, und nun kauft er ein anderes Metall, was er für Gold nahm. Hier ist eine juristische Handlung nicht vorhanden. Vgl. hierüber, was oben §. 239. in der Lehre vom Irrthum enthalten ist.

Zu 18) Die bejahende Meinung vertheidigt Glück Thl. IV. §. 296. S. 137 ff. nebst den in Anm. 69. angeführten Rechtsgelehrten, welchen noch beigefügt werden kann: Stryck Us. mod. Pand. Lib. 18. tit. 1. §. 14., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 1758, Gmelin u. Elsässer gemeinnützige jurist. Beobachtungen u. Rechtsfälle Th. II. no. 13. Die verneinende Meinung dagegen wird außer den bei Glück a. a. O. Anm. 60. alleg. Schriftstellern auch von Schaumburg Comp. jur. Dig. Lib. IV. tit. III. §. 30. und von den meisten Neueren vertheidigt; Günther Princ. jur. Rom. T. II. §. 934., Neustetel bonae fidei negotia dolo inita non esse nulla. Heidelb. 1818., Thibaut System §. 452. (Ed. 8.), Schömann Handb. Bd. II. S. 97., Martin Rechtsgutachten der Heidelb. Juristenfacultät Bd. I. S. 293., Gesterding alte und neue Irrthümer S. 55., Burchardi Wiedereinsetzung in d. vor. Stand S. 323., Gottschalk Disc. for. T. III. cap. 31., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 605., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. §. 228. (76.)

Zu 19) Dies ist eigentlich vielmehr quaestio facti, als juris. Setzen wir den Fall, es sey in der vom Verkäufer zum Grunde gelegten Specification der Gegenstände und Werthe ein Irrthum in der Summation zu seinem erheblichen Nachtheil untergelaufen, welchen der Käufer ignorirt. Der Verkäufer wird die verhältnißmäßige Preiserhöhung damit begründen, daß ein bloßer error calculi jederzeit der Berichtigung unterliege; l. un. C. 2. 5. — l. 8. D. 50. 8. Er wird ferner daraus, daß er ein specifiques Verzeichniß der Gegenstände und Werthe zum Grunde gelegt hat, die Folgerung ziehen, daß nicht etwas im Ganzen zu kaufen gegeben worden sey, sondern lauter einzelne Stücke zu einzeln bestimmten Preisen, folglich nur diese entscheiden könnten, und auf einen Summationsfehler nichts ankomme. Allein der Käufer behauptet nun einmal, nicht anders als en bloc gekauft zu haben, wo dann von einem error calculi nicht mehr die Rede seyn kann. Diese Behauptung kann nicht durch den specifisch gefertigten Anschlag des Verkäufers als widerlegt erachtet werden, specificationes (die Anschläge), quas venditores ante contractum exhibere solent, in contractu ipso non quidem quod ad pretium, sed tamen quod ad pertinentias rei venditae repetitae censentur; Leyser Sp. 206. med. 9. Der Irrthum kann der Regel nach nur dem Irrenden zum Nachtheil gereichen; Leyser Sp. 289. corr. 3. Der Käufer würde also wohl nur dann zu einer Preiserhöhung angehalten werden können, wenn der Verkäufer zu beweisen vermöchte, daß der Contract nach den von ihm gemachten Geldanschlägen so geschlossen worden

sey, daß der Käufer das Inventarium für die darin für jedes einzelne Stück angesetzten Preise gegen einen gewissen Nachlaß von der ganzen, aus den einzelnen Preisen erwachsenen Kaufsumme übernommen habe; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VI. no. 332.

Zu 19a) Sehr viele Rechtsgelehrte nehmen eine venditio ad corpus und nicht ad mensuram an, wenn weder das Grundstück gemeinschaftlich vermessen, noch der Kaufpreis nach Morgenzahl bestimmt worden ist. Sie betrachten dann die Beifügung des Flächenmaßes nur als demonstrationis causa geschehen, so daß ein oder anderer Seits von einer Daraufzahlung oder einer Kürzung am Preise nicht, und ebensowenig von einer Natural=Zurückgabe des Uebermaßes die Rede seyn könnte, wenn das Object von dem demonstrativen Maß abweichend gefunden wird. So sagt Hertius Vol. II. dec. 177. no. 2.: Si contractus incipit a nomine designante, certum corpus et postea enunciative additur certa quantitas, venditionem ad corpus factam censeri. So auch Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 5. th. 2. no. 4., Leyser Sp. 206. med. 6. u. 7., Müller ad Leyser Obs. 430. pag. 138., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. XI. Med. 561., Höpfner Institt. §. 869., v. Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. II. S. 76. Für diese Meinung wird vorzüglich l. 13. §. 14. D. 19. 1. angeführt. Dagegen legt Glück Thl. XVI. S. 86. überzeugend dar, daß dies mit der angeführten Gesetzstelle nicht bewiesen werden könne, und überhaupt die Gesetze von dem eben aufgestellten Unterschied nichts wissen, sondern vielmehr schlechthin wollen, daß der Verkäufer das prästire, was er versprochen hat; l. 2. pr. l. 4. §. 1. l. 6. pr. l. 38. pr. D. 19. 1. — l. 69. §. 6. D. 21. 2. Hiermit stimmen überein Struben rechtl. Bed. Thl. I. no. 96., Huber Prael. ad Pand. Lib. 18. tit. 1., Cocceji J. C. Lib. 18. tit. 1. qu. 8., Pufendorf Obs. jur. univ. T. I. obs. 132. §. 3. u. 4. und — eine erhebliche Differenz vorausgesetzt — auch Voet Comm. ad Pand. Lib. 18. tit. 1. no. 7., vergl. oben §. 234. zu Fr. 1.

Zu 20) Die Gesetzgebung fand

a) diese außerordentliche Lüftung gegen die bindende Kraft der Verträge nur zur Hilfe des Verkäufers einer unbeweglichen Sache nothwendig; l. 2. l. 8. C. 4. 44. Anstatt sie in dieser Beschränkung stehen zu lassen, schuf die Doctrin willkürlich ein Princip von weitem Umfange: „Wer in einem onerosen Vertrage, in welchem durch das Geben von einer Seite ein Aequivalent von der andern Seite bezweckt wird, nicht einmal halb so viel, als er gegeben hat, erhält, ist zur

Rescission des Vertrags berechtigt." Nach diesem vom gemeinen Gerichtsbrauch*) adoptirten Princip muß nun das remedium ex l. 2. C. de resc. emt. vend. (4. 44.) nicht nur dem Verkäufer, sondern auch dem Käufer, ferner ohne Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Kaufobjecten, und endlich — mit wenigen Ausnahmen — auch in allen anderen auf gegenseitigen Leistungen beruhenden Verträgen dem verletzten Contrahenten zugestanden werden. [Fast alle Bände des Archiv v. Seuffert's enthalten dies bestätigende Erkenntnisse.]

b) Anerkannte Ausnahmen finden jedoch statt: wenn vermöge einer letztwilligen Verordnung eine Sache um einen bestimmten Preis hat verkauft, oder für die vermachte Summe einem Dritten hat restituirt werden müssen, l. 49. §. 9. D. de leg. I. (30.) — l. 70. §. 1. i. f. D. de leg. II. (31.); ferner bei der emtio spei, dem Vergleich, sofern nämlich die Läsion das Ungewisse als Gegenstand des Vergleichs betreffen soll, bei der gerichtlichen Theilung, wenn das Urtheil rechtskräftig geworden ist, und beim Verkauf einer Erbschaft; Glück Thl. XVII. S. 103. u. 124., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 611. Bei dem Verkauf durch gerichtliche Versteigerung ist die von uns unten in §. 283. zu Fr. 10. behauptete Ausnahme zwar nicht unbestritten, aber doch durch erhebliche Gründe unterstützt.**) In Betreff der Leibrentenverträge s. unten §. 285.

*) Diesen gestehen selbst die Gegner des Princips zu; Glück Thl. XVII. S. 31. u. 32. Anm. 76. u. 77. S. 52. Anm. 30. §. 1032. S. 120, Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 246., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 324. Anm. 8., Mackeldey Lehrb. §. 373. Anm. c. Den bei Glück a. a. O. S. 29. angeführten Gegnern sind noch beizusetzen: Puchta Pand. §. 364., Bucher R. d. Ford. §. 67., v. Wening-Ingenheim Bd. II. S. 190. (§. 147–149.), Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 444., Weißeneck im civil. Archiv Bd. IV. S. 41., v. Keller Pand. §. 333., und vorzüglich die von Gönner im Archiv f. d. Gesetzgeb. u. Reform d. jurist. Studiums Bd. II. H. 2. S. 362. auszugsweise mitgetheilte Discussion im französischen Staatsrath, aus welcher die Redaction des Art. 1674—1676. u. 1683. im Code civil hervorgegangen ist; Schilling Lehrb. f. Institt. ꝛc. Bd. III. S. 435. [Arndts Pand. §. 307. Anm. erklärt die ganze Bestimmung als eine „von sehr zweifelhaftem Werth." Chambon Beitr. z. Oblig.-R. S. 113. 174. hat die Praxis zu rechtfertigen gesucht. Für Handelsgeschäfte ist die Rescissibilität mit Recht beseitigt durch d. A. H.-G.-B. Art. 286.]

**) Auch bei einem Kindeskauf wird die Anfechtung aus dem Grunde übermäßiger Verletzung gewöhnlich verworfen werden müssen, da er bei elter-

Für die Ausschließung der exc. laesionis enormis bei Lieferungsverträgen wurde aus dem Grunde, weil Geschäfte solcher Art die Natur eines Hoffnungskaufes haben, vom O.-A.-G. d. Königr. Bayern entschieden, Bl. f. Rechtsanw. von Seuffert u. Glück Bd. VI. S. 416.

Bei dem Vorbehalt eines Auszugs war nach der früheren Sächsischen Praxis das remedium wegen Ungewißheit der Dauer ausgeschlossen; Hommel Obs. 114. Durch eine Bekanntmachung des O.-A.-G. zu Dresden v. 2. Octbr. 1839. (s. Königl. Sächs. Ges.-Samml. S. 277.) wurde aber diese Meinung verworfen, weil sich der Werth des Auszugs nach den in l. 68. D. 35. 2. enthaltenen Bestimmungen gar wohl berechnen lasse, und nur dann die Rescissionsklage wegfallen müsse, wenn zwar sehr niedrig gekauft worden ist, aber mit Verabredungen, welche den Werth dessen, was vom Käufer geleistet wird, nicht nach Wahrscheinlichkeit bemessen lassen; Emminghaus Corp. jur. Germ. pag. 907. (Ed. 2.)

Zu 21) Hierüber haben sich zweierlei Meinungen gebildet; die erste — der Glosse folgend — dahin: Wenn der durch unparteiische Schätzung in Bezug auf den Zeitpunkt des Kaufabschlusses festzustellende wahre Werth der Sache 10 Thlr. beträgt, so sey der Käufer über die Hälfte verletzt, wenn er sich auf 15 Thlr. 20 gGr., also mehr als die Hälfte von 10, hinauftreiben läßt. Allein daß dies eine irrige Anwendung des Grundsatzes wäre, ist bereits zur allgemeinen Ueberzeugung erhoben. Man muß nämlich das Princip dahin auffassen: „Ein Contrahent ist dann enormiter lädirt, wenn er nicht einmal die Hälfte von dem, was er gegeben hat, dagegen bekommt. Erst dann also, wenn er für einen Werth von 10 Thlrn. über 20 Thlr. gegeben hat, ist er über die Hälfte verletzt;" v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 611. Die Praxis hat sich für diese Meinung sehr allgemein entschieden. Die reichhaltige Literatur über diese Streitfrage s. Glück Thl. XVII. S. 35., Walch controv. jur. civ. pag. 613. §. 25. Außerdem ist noch zu bemerken: v. Batz Abhandl. S. 197.,

---

lichen Güterübergaben unter Landleuten mit dem Bewußtseyn, eines geringeren Werthes abgeschlossen zu werden pflegt; Hufnagel Mittheil. no. 110. Subest enim species liberalitatis, sagt Hommel Rhaps. obs. 5., Harpprecht D. de venditione gratiosa §. 67. Jedoch erkennt das O.-A.-Ger. zu Dresden, wenn die Klage nicht vom Verstorbenen vorbereitet worden ist, eine Ausnahme nicht im Gerichtsbrauch für begründet; s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1850. S. 475.

v. Madai u. v. Bunge theoret. prakt. Erörter. Bd. I. H. 2. no. 5., Dedekind D. de vera indole et vi laes. enorm. Goett. 1837. pag. 21 sq., Ickstadt Sp. de laesione enormi in contr. emt. vend. rite computanda. Herbip. 1734., v. Keller Pand. §. 333 a. E.

Zu 22) Die Meinung, daß der Kläger nur alternativ auf Zurückgabe der Sache oder Supplirung der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem wahren Werth klagen könne (Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 18. tit. 5. §. 47., Strippelmann Samml. bem. Entscheid. d. O.-A.-G. zu Cassel Th. II. S. 276. u. die in Glück Thl. XVII. S. 71. Anm. 84. weiter cit. Aut.), hat genügende Widerlegung bereits gefunden; Walch controv. jur. civ. pag. 617. §. 27. et ibi cit., Cocceji J. C. Lib. 18. tit. 5. qu. 9. Dem Verletzten ist nur eine Klage auf Rescission des Kaufs gegeben, wogegen der Beklagte durch Darbietung des wahren Werths dieselbe beseitigen kann, wenn er will; Glück a. a. O., v. Vangerow a. a. O. §. 611. no. 4. Indessen wird die Klage auch nicht gerade als inept verworfen, wenn sie alternativisch gestellt ist; Glück a. a. O. Auch dürfte wohl — soweit nicht besondere Proceßordnungen entgegenstehen — mit Glück a. a. O. S. 74. zu behaupten seyn, daß dem Beklagten die gesetzliche Wohlthat, sich von der Rescission auf solche Art zu befreien, auch noch zur Abwendung der Execution zu Statten kommen müsse, welche ihm übrigens der Richter mit Rücksicht auf c. 3. u. 6. X. de emt. vend. (3. 17.) schon im Erkenntniß vorbehalten wird.

Zu 23) Verschiedene Meinungen s. Glück Thl. XVII. S. 112.; aber aus dem eben vorgetragenen Rechtssatze, daß der Verletzte nur eine Rescissionsklage hat, folgt von selbst: a) daß der verletzte Käufer dieselbe nicht mehr anstellen kann, wenn er die Sache inzwischen verkauft hat, mithin sie wieder zurückzugeben nicht mehr im Stande ist. Sein Verkauf wäre ihm nur dann unschädlich, wenn er wieder in die Lage gekommen wäre, die Sache zurückgeben zu können; s. Erk. des O.-A.-G. zu Lübeck in der Hamburger Samml. I. 2. S. 345. — b) Wenn der verletzte Verkäufer sein Klagrecht gegen den Käufer dadurch vereitelt findet, daß dieser die Sache schon verkauft hat, folglich nicht zurückgeben kann, so müßte er das dolo desiit possidere beweisen, was aber nicht zu vermuthen steht, denn durch den Kauf hat ja dieser volles Recht erlangt, sie zu veräußern; Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV. S. 126. Es bliebe ihm also nur eine Entschädigungsklage wegen ungerechter Bereicherung übrig, quia nemo cum damno alterius locupletior fieri debet; Glück Thl. XVII. S. 114. Ist

die Sache bei dem Käufer durch Zufall zu Grunde gegangen, so sind zwei Fälle denkbar: a) der Verkäufer ist der verletzte Theil; dann fällt aller Anspruch weg, wenn die Sache ohne Arglist des Käufers verloren oder untergegangen ist, nam res perit ei, cui debetur; Walch l. c. pag. 611. §. 24. — b) war der Käufer der verletzte Theil, so kann er von dem Verkäufer, der das ungerechte Kaufgeld noch besitzt, und daher mit dem Schaden des Käufers bereichert ist, den Betrag dieser Bereicherung, resp. seine Schadloshaltung, noch immer fordern. Pretium enim, quod semel in corpus patrimonii venditoris abiit, quantitas est, quae non perire censetur; l. 11. C. 4. 2., Glück a. a. O. S. 115—120., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 611', Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 247. no. 3. S. 248. Anm. m. In keinem Falle kann die Querel auch gegen einen dritten Besitzer — wie v. Batz Abhandl. S. 202. behauptet — angestellt werden.

Zu 24) Es ist nicht zu leugnen, daß ein auf die Beschwerde wegen übermäßiger Verletzung im Voraus speciell und namentlich geleisteter Verzicht*) nicht etwa aus dem Grunde, weil der Verzicht auf demselben Irrthum über den Werth der Sache, wie der Verkauf selbst, beruhe, angefochten werden könne, und kann die entgegengesetzte Meinung Einiger als genügend widerlegt betrachtet werden; Glück Thl. XVII. S. 84., Richter Aufsätze üb. verschied. Rechtsfragen S. 72. Cum enim quis specialiter renunciat, de hoc praemeditatur; Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 18. tit. 5. §. 57. Nun scheint derjenige, welcher wissentlich so verkauft, daß er nicht halb so viel erhält, als er weggibt, eben auch als verzichtend angesehen werden zu müssen, mithin auch gegen ihn die gleiche Entscheidung zu gelten, daher ihm von Vielen, wenn der Gegner beweist,**) daß er den Werth der Sache beim Kaufabschluß wohl gekannt habe, die Rechtswohlthat abgesprochen wird; Thibaut System §. 503. (Ed. 8.), Glück a. a. O. S. 82., Schaffrath Abhandl. no. 32., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 444., Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. §. 406., Walch controv. jur. civ. pag. 615. §. 26. et ibi cit., Struben rechtl. Bed. Thl. IV. Bed. 126. S. 323., Lauterbach

*) In einer allgemeinen Begebung der Rechtswohlthaten kann man die Entsagung der exc. laes. enorm. nicht als inbegriffen annehmen; v. Quistorp rechtl. Bemerk. Bd. I. S. 321. no. 91. Anm. 6.

**) Dieses Beweises wird er nicht immer durch den Umstand enthoben, daß der Verkäufer als mehrjähriger Besitzer den Werth seines Besitzthums muthmaßlich kennen mußte; Schaffrath prakt. Abhandl. no. 33.

Coll. th. pr. Pand. Lib. 18. tit. 5. §. 19., Voet ad eund. tit. §. 17., Schilling Lehrb. f. Institt. Bd. III. S. 434. Anm. o., Strippelmann Samml. bem. Entscheid. d. O.=A.=G. zu Cassel Thl. II. S. 276., was auch im K. Sächs. Civilr. angenommen ist, Curtius Handb. Bd. III. §. 1300., insbesondere, wenn der Verkäufer ein Sachverständiger ist; s. Erk. d. O.=A.=G. zu Dresden in Seuffert's Archiv Bd. VI. S. 225. Man bezieht sich deshalb auf l. 1. §. 5. D. 47. 10. — l. 145. D. 50. 17. — c. 27. de R. J. VIto., Westphal vom Kauf §. 803. Indessen spricht für die entgegengesetzte Meinung, daß, wenngleich bei anderen contractlichen Verhältnissen in den Gesetzen gesagt ist, daß die imperitia dem, der sich als Sachverständiger gerirt, als culpa anzurechnen sey, l. 9. §. 5. D. 19. 2., doch bei der laesio enormis ausdrücklich anerkannt ist, daß die culpa des Lädirten dessen Rescissionsansprüchen nicht entgenstehe, l. 1. C. 5. 74. — l. 15. i. f. C. 4. 44., und daß auch der, welcher aus Noth unter der Hälfte des Werths verkauft hat, Anspruch auf dies Rechtsmittel hat, in welchem Falle er auch eine arte peritus seyn kann.

Allein der Verkäufer kann ja auch in momentaner Noth seine Sache à tout prix weggegeben haben, und da läßt sich wohl nicht annehmen, daß er auf die gegen seine schädliche Handlung ihm in den Gesetzen gegebenen Hilfsmittel verzichtet habe, vielmehr liegt es ganz im Geiste der einschlagenden Gesetze, demjenigen Verkäufer, welcher, der Verletzung zwar nicht unbewußt, aber doch entfernt von der in l. 38. D. 18. 1. vorausgesetzten Absicht, dem Andern etwas zu schenken, vielmehr von offenbarer Noth getrieben die Sache hingab, das remedium ex lege 2. C. de resc. emt. vend. nicht zu versagen; Hommel Rhaps. Vol. I. obs. 5., wie auch Struben rechtl. Bed. Thl. III. §. 7. S. 407. einräumt, v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. II. (§. 147.) S. 190., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 248., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 611., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 324., Brox D. de renunciatione remedii ex leg. 2. C. de resc. emt. vend. Lips. 1837., v. Madai u. Bunge theor. prakt. Abhandl. Bd. I H. 2. S. 140. und die bei Glück a. a. O. Anm. 18. cit. Autoren. Anders ist es freilich bei dem Käufer; denn dieser kann unmöglich auf gedachtes Rechtsmittel recurriren, wenn er wissentlich den doppelten Werth für die Sache gegeben hat; Struben a. a. O.

Zu 25) Es findet hier ohne Zweifel der Grundsatz der l. 77. u. 79. D. 17. 2. Anwendung: si arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas ejus appareat, corrigi potest per judicium bonae fidei;

Glück Thl. XVI. S. 80., v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. II. (§. 147.) S. 191., Unterholzner a. a. O. S. 248.

Zu 26) Der Theorie scheint zwar die bejahende Meinung gemäßer, Schilter Prax. jur. rom. Ex. 30. §. 102., Cocceji J. C. Lib. 18. tit. 5. qu. 24., Glück Thl. XVII. S. 105., Schweppe röm. Privatr. §. 444., v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. II. (§. 259.) S. 192., Thibaut Syst. §. 502. (Ed. 8.), Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 247., Schilling Lehrb. Bd. III. S. 431. u. 434. Anm. n., indem, wenn gleich l. 2. C. 4. 44. nur von der Restitution der Sache spricht, doch die Früchte von selbst mit verstanden werden müßten, l. 173. §. 1. D. 50. 17., cum enim verbum „restituas" lege invenitur, etsi non specialiter de fructibus additum est, tamen etiam fructus sunt restituendi. Allein diese Meinung ist, wie Glück selbst a. a. O. S. 108. unter vollständiger Anführung der Literatur über diese Streitfrage bemerkt, in Praxi nicht, sondern vielmehr in Erwägung, daß die laesio enormis nicht den Kauf und den dadurch erworbenen Besitz nichtig macht, der Grundsatz angenommen, daß der Kauf nicht von Zeit der Schließung, sondern erst von Zeit der erhobenen Querel an aufgehoben werde, somit die Restitution nur ex nunc, nicht ex tunc Platz greife, folglich Zinsen auf einer und Früchte auf anderer Seite, während der Käufer als Eigenthümer zum Genuß der Früchte vollkommen berechtigt war, compensirt werden müßten; s. die vielen Citate bei Glück a. a. O. S. 105. Anm. 75. Zur Entkräftung der entgegengesetzten Meinung werden auch noch folgende Gründe angeführt: Ein Ausnahmsgesetz, welches, wie das in Rede stehende, sich nur auf Billigkeit gründet, dürfe nicht über seinen Wortinhalt ausgedehnt werden, um nicht erst wieder eine Unbilligkeit zu erzeugen, welche dem widerführe, welcher die Früchte nicht ohne Mühe gezogen und die Gefahr der Sache getragen hat. Das canonische Recht statuire deshalb selbst bei Revocation eines Kirchenguts ob laesionem enormem, ungeachtet dessen großer Begünstigung doch nicht die Ausdehnung auf die vom Käufer gezogenen Früchte; c. 11. X. de reb. eccles. alien. (3. 13.) Wenn auch in der Regel die Restitutionsverbindlichkeit neben der Hauptsache zugleich die Früchte in sich begreife, so sey doch dabei vorausgesetzt, daß bei Beiden ein und derselbe Grund obwalte, was hier nicht der Fall sey, denn der Verkäufer werde deswegen lädirt, weil er seine Sache unter ihrem Werthe verkauft, nicht aber deswegen, weil der Käufer die Früchte der Sache genossen hat, zu deren Restitution kein bonae fidei possessor angehalten werden könne, und welche der Verkäufer dem Käufer um

so mehr überlassen mußte, als er nicht die Zinsen des Kaufschillings und die Früchte der verkauften Sache zugleich beziehen konnte; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. S. 176.

Zu 27) Schon aus den zur Fr. 14. bemerkten Gründen muß wohl diese Frage verneint werden. Es ist übrigens noch in Erwägung zu ziehen, daß der Verkäufer einen ihm unbekannten Schatz nicht besitzen konnte, is enim, qui nescit, non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat; l. 3. §. 3. D. 41. 2. Er war also, da der Schatz, so lange er nicht gefunden wird, in Niemandes Eigenthum ist, bei diesem donum fortunae nicht der Weggebende, und nur der Werth der Sache, welche er wirklich weggab, kann in Betracht kommen; Fachinaeus controv. jur. Lib. II. cap. 20., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. V. S. 277. no. 311.

Zu 28) Nach den Erörterungen bei Glück Thl. XVII. S. 108. scheint es unnöthig, mit Voet Comm. ad Pand. Lib. 20. tit. 6. §. 9. zwei Fälle zu unterscheiden, nämlich wenn a) der Käufer oder b) der Verkäufer den Kauf aus dem bemerkten Grunde rescindirt.

Zu a) ist gar nicht zu zweifeln, daß der Käufer durch die von seiner Seite ganz willkürliche Zurückgabe der gekauften Sache die Realrechte nicht aufheben kann, welche er während seines Besitzes Dritten darauf eingeräumt hat; Voet l. c. Wegen des Falles zu b) müssen wir uns auf die im Bd. II. §. 131. Fr. 12. entwickelten Grundsätze beziehen, wonach die vom letzten Erwerber constituirten Pfandrechte nur dann dem Rückerwerber nicht zur Last fallen können, wenn die Sache an diesen zufolge einer gesetzlichen Nöthigung zurückgeht, welcher der letzte Erwerber unterliegt, nicht aber alsdann aufhören, wenn dieser mit Willkür die Sache zurückgibt. Letzteres ist nun aber hier der Fall, denn eine gesetzliche Nöthigung geht gegen ihn nicht auf Rückgabe der Sache, sondern nur auf Ergänzung des pretii justi, s. Fr. 22., die Zurückgabe der Sache ist auf seiner Seite facultativ. Der rescindirende Verkäufer kann aber, wenn der Käufer die Zurückgabe vorzieht, von ihm fordern, daß er die Sache von der Pfandbeschwerde befreie, und kann so viel an dem zurückzuzahlenden Kaufschilling retiniren. — Auch nach dem von Andern aufgestellten Princip, daß die Pfandrechte an einer Sache in allen denjenigen Fällen, wo diese nicht ipso jure an den vorigen Eigenthümer zurückgeht, sondern erst eine neue Handlung des Rückerwerbers dazu erforderlich ist, mit der Sache selbst an ihn übergeben, würde sich die nämliche Entscheidung dieser von Glück Thl. XVII. S. 108. unter Anführung der Literatur umfänglich erörterten und auch auf gleiche

Weise entschiedenen Controverse ergeben, indem die Rescission nicht ipso jure geschieht, der Fall von einem Nullitätsfall wesentlich verschieden ist, und das Eigenthum vielmehr unbedingt dem Käufer erworben war. Dabei kommt auch wohl zu berücksichtigen, daß das dingliche Recht des Pfandgläubigers stärker ist, als der blos persönliche Anspruch des lädirten Verkäufers, welchen dieser ja auch gegen einen dritten Erwerber der Sache nicht geltend machen könnte. Die entgegengesetzte Meinung, welche Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. S. 79. aus dem Grunde vertheidigen, daß sie, indem sie eine rescissio ex tunc unterstellen, die Folgerung ziehen, daß dem Verkäufer nicht zugemuthet werden könne, seine Sache mit einer Beschwerde zurückzunehmen, welche sein Rescissionsrecht leicht werthlos machen könnte, wird in den voranstehenden Sätzen von selbst ihre Widerlegung gefunden haben.

Zu 29) [Bejaht worden ist diese Frage von Stoffregen in Osenbrüggen's Dorparter Studien (1849) S. 84—123., Fr. Mommsen Beitr. z. Oblig.=R. Bd. I. (1853) S. 298. u. Erörterungen a. d. Oblig.=R. (1859) H. 1. S. 110., Windscheid i. d. Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. II. S. 134. Dagegen hat Jhering, welcher früher die bejahende Ansicht hatte (Abhandl. a. d. Röm. Recht, 1844. S. 59. 71.), sich neuerdings in s. Jahrbb. f. Dogmatik Bd. III. S. 448 ff. für die entgegengesetzte Ansicht ausgesprochen, und zwar unter Mittheilung eines praktischen Falls. Er beruft sich dafür auf die Billigkeit, und darauf, daß die l. 21. D. 18. 4. nicht, wie man angenommen habe, eine Bejahung obiger Frage enthalte, vielmehr nur von der actio emti handle; die Forderung des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises nach Untergang der Sache habe nicht den Charakter einer gewöhnlichen Geldforderung, sondern den einer Ersatzforderung, sie falle also weg, wenn der Untergang der Sache für den Verkäufer nicht als Verlust anzusehen sey; das sey aber der Fall, sobald der Verkäufer bereits (von dem anderen Käufer) den Preis geleistet erhalten habe. Es sey daher der Satz festzuhalten: Der Verkäufer kann den Preis nur einmal fordern, und zwar wenn er einem der Käufer tradirt hat, von diesem, sonst von wem er Lust hat.]

Zu 30) [Gegen die Ansicht v. Vangerow's (Leitfaden Bd. III. §. 632. Anm. I. 1.), daß baares Geld nicht Gegenstand des Kaufs (merx) seyn könne, ist Heyer i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. XV. S. 42 ff. aufgetreten, den wieder Anthes in ders. Zeitschr. XVIII. S. 216. zu entkräften sucht. Das Richtige ist wohl, daß zwischen

gemeinbürgerlichem und kaufmännischem Recht zu unterscheiden ist; für ersteres hat die Vangerow'sche Ansicht das Richtige, daß aber im Handelsverkehr, insbesondere der Bankiers, das Geld häufig als Waare umgesetzt wird, kann auch nicht bezweifelt werden.]

---

§. 281.

2. Besondere Arten des Kaufs*) und demselben verwandte Geschäfte.

a) Kauf auf Besicht und Probe.**)

1) Insofern ein Kauf auf Besicht ein bedingtes Geschäft ist, so entsteht die Frage: Wann ist derselbe sub conditione suspensiva oder resolutiva geschlossen anzunehmen?
2) Wenn der Empfänger nach vorgenommenem Besicht keine weitere Erklärung abgibt, kann dies als stillschweigende Billigung gelten?

---

*) Von Lieferungsverträgen über Staatspapiere s. Bd. II. §. 102. zu Fr. 15. Von der Erlöschungsclausel bei Lieferungsgeschäften s. oben allgem. Theil Kap. IV. §. 233. zu Fr. 9. Vom Erbschaftskauf s. Bd. II. §. 187. Ob das Accrescenzrecht dem Erben oder dem Käufer der Erbschaft zu Statten komme? ebendas. §. 180. zu Fr. 3. Dabei ist noch eine besondere gesetzliche Bestimmung zu bemerken: Wenn nämlich der Erbe zu der ursprünglichen Verlassenschaft in Folge der für einen Unmündigen gemachten Aftererbeinsetzung nachher noch den Nachlaß des Unmündigen hinzu bekommt, so wird selbst bei einem später vorgenommenen Verkauf nicht vermuthet, daß dieser den Nachlaß des Unmündigen mit in sich begriffen habe, quia alia hereditas est; l. 2. §. 2. D. 18. 4., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 288. Wenn der Verkäufer einer Erbschaft Schuldner des Erblassers war, und demnach durch die Erbfolge seiner Verbindlichkeit entledigt worden ist, so tritt für ihn in Folge des Verkaufs die Verpflichtung ein, die Schuld an den Käufer abzutragen, wie wenn dieselbe noch bestände; l. 20. §. 1. D. 18. 4., Unterholzner a. a. O. S. 289. Von dem umgekehrten Fall s. Bd. II. §. 187. Fr. 6.

**) [Diese Art des Kaufs ist in neuerer Zeit Gegenstand eingehender Erörterungen von Goldschmidt (in s. Zeitschr. f. Handelsr. I. S. 66—132. 262—284. 386—455.), Fitting (ebendas. II. S. 203—282. V. S. 79—176) und Unger (ebendas. IV. S. 386—415) geworden. Alle tadeln die bisher übliche Bezeichnung, weil die Vornahme einer Prüfung unwesentlich, das Belieben des Käufers entscheidend sey; demgemäß empfiehlt sich der Vorschlag:

3) Wenn kein Zeitraum vereinbart ist, binnen dessen der Kauflustige sich über Billigung oder Mißbilligung der Waare erklären müsse, so fragt sich, wie lange der Verkäufer gebunden bleibe, oder bis wann er die Erklärung noch als rechtzeitig anzunehmen habe?

4) Ist der Verkäufer berechtigt, dem Kauflustigen einen Termin zur Besichtigung und Erklärung unter dem Präjudiz zu setzen, daß er widrigenfalls vom Handel zurücktreten und anderweit über die Waare verfügen werde?

5) Wem liegt, wenn Streit entsteht, ob der Handel perficirt oder rückgängig geworden sey, der Beweis ob?

6) Wer trägt die Gefahr beim Verkauf auf Besicht oder auf Probe?

7) Kann der Käufer nach dem Besicht noch wegen heimlicher Mängel der Sache vom Kauf zurücktreten?

Zu 1) Die natürlichste Ansicht scheint es wohl, den Kauf auf Besicht in der Regel als einen unter einer Suspensivbedingung gegeschlossenen Kauf aufzufassen, indem der Vertrag nicht eher vollkommen seyn soll, als bis die Approbation der Waare von Seite des Käufers erfolgt seyn wird. Dies finden (obgleich auch für eine Resolutivbedingung manche Gesetzstellen zu sprechen scheinen, z. B. I. 34. §. 5.

Handel auf Belieben oder auf Gefallen zu sagen. — Goldschmidt will zwischen der gewöhnlichen emtio ad gustum und der degustatio vini (Weinprobe) nach Röm. Recht unterschieden wissen, doch hat er darüber von verschiedenen Seiten Widerspruch erfahren (Arndts Pand. §. 301. Anm. 1.; in Betreff einer einzelnen Frage Fitting a. a. O. Bd. II. S. 205 ff.); nach Goldschmidt's eigner Ansicht (s. Bd. I. S. 400.), welcher Fitting (a. a. O. Bd. II. S. 222.) beistimmt, ist das römische Institut der degustatio bei uns nicht recipirt. — Außerdem handelt es sich in dem geführten Streite um die Bedeutung der in der Probe-Clausel enthaltenen Modalität des Kaufs (s. unten zu Fr. 1.), sowie um die Verträglichkeit des suspensiv bedingten Kaufs auf Probe mit der Regel, daß eine Suspensivbedingung nicht auf die bloße Willkür des Verpflichteten gestellt werden könne. In Betreff der letzteren Frage scheint uns Fitting's Erörterung den einzig statthaften Ausweg zu bieten: jene allgemeine Regel laute nur dahin, daß nicht die Bedingung ausdrücklich auf das Wollen (die Willkür, voluntas, arbitrium) des Schuldners gestellt seyn dürfe, in allen anderen Fällen bestehe das Verhältniß giltig als bedingtes, sollte auch der Sache nach die Erfüllung der Bedingung ebenso im Belieben des Verpflichteten stehen (a. a. O. Bd. V. S. 123.).]

D. 18. 1. — l. 4. pr. D. 18. 6.) den römischen Rechtsansichten, l. 1. pr. D. 18. 6., gemäß v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 635., Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 564. S. 763. (Ed. 6.), Unterholzner Schuldverh. Bd. II. §. 433. S. 224., Heise u. Cropp jurist. Ausführ. Bd. I. §. 3. S. 191. Die mercantilrechtliche Ansicht scheint sich jedoch mehr zur Unterstellung einer Resolutivbestimmung zu neigen; Bender Grundsf. d. Handelsr. §. 88., Hamburg. Archiv. f. d. Handelsr. Bd. I. S. 332. Diese Ansicht hätte nun freilich einen schwankenden Grund, wenn sie blos auf eine von mehreren Rechtsgelehrten, z. B. Glück Thl. IV. S. 479. Anm. 50., im Allgemeinen für die Resolutivbedingung aufgestellte Vermuthung bauen wollte, deren Unhaltbarkeit nicht zu leugnen ist; Thibaut civilist. Abhandl. S. 378. Allein sie kann, insofern man es dabei blos mit einer Interpretationsfrage zu thun hat,*) wie Heise u. Cropp a. a. O. Bd. I. no. 14. u. Thöl Handelsr. §. 71. richtig bemerken (l. 2. pr. D. 18. 2. — §. 4. J. 3. 24.), durch besondere Vermuthungsgründe gar wohl Kraft gewinnen, wenn z. B. der Kauf im Uebrigen ganz abgeschlossen ist, wie durch die kaufmännischen Schlußzettel geschieht, wo dann die bedungene Besichtigung der Waare nur als ein eventueller Vorbehalt erscheint, oder wenn die Waare dem Käufer bereits (und zwar nicht blos zum Besehen) überliefert worden ist, oder beredetermaßen tradirt werden sollte; Hamburg. Archiv a. a. O., Thibaut a. a. O., Thöl a. a. O. §. 71., Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 116. [Goldschmidt in s. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. I. S. 111 ff. führt aus, daß bis auf die neuere Zeit ziemlich unbestritten die Ansicht geherrscht habe, es sei im Zweifel für Resolutivbedingung zu präsumiren, daß jedoch aus den Quellen des Röm. Rechts sich keinerlei Präsumtion, weder für Suspensiv-, noch für Resolutivbedingung ableiten lasse (vergl. ebendas. S. 283). Im Uebrigen zeigt er, daß sämmtliche neueren Civil- u. Handelsgesetzbücher u. die Praxis in der Annahme der Präsumtion der Suspensivbedingung übereinstimmen, u. daß eine solche Präsumtion, insbesondere für den heutigen Großhandel, auch durch wichtige Gründe gerechtfertigt erscheine (ebendas. S. 404 ff., 446 ff., 454.). Gegen Hirsch, welcher behauptet, daß nach Hamburger Praxis die

*) Diese wäre freilich leichter zu entscheiden, wenn sich die Contrahenten bestimmt und deutlich ausdrücken würden, z. B. ob bedingt verkauft werden wolle, „gefällt dir die Waare, so soll sie dir verkauft seyn," oder als pura emtio, quae sub conditione resolvitur: „mißfällt dir die Waare, so bleibt sie mir."

Clausel „auf Besicht" resolutiver Natur sey (im neuen Hamburger Arch. f. Handelsr. Bd. I. S. 155 ff.), vergl. Goldschmidt a. a. O. S. 435. Das A. D. H.-G.-B. erklärt denn auch in Art. 339. den Kauf auf Besicht im Zweifel für einen suspensiv bedingten.]

Zu 2) Der Grundsatz, daß es für Genehmigung der Waare gelte, wenn der Käufer nach dem Besehen der Waare eine Probe*) mitnimmt und diese bei sich behält, Hamburg. Archiv f. d. Handelsr. Bd. I. S. 340., Bender Grundſ. d. Handelsr. S. 203. no. 3., kann wohl nur durch Platzgebrauch sicher begründet werden. Zwar könnte man auch gemeinrechtlich nicht abgeneigt seyn, dem bloßen Stillschweigen des Käufers sofort die Wirkung des Genehmhaltens beizulegen, denn wörtlich besagt die Clausel: „auf Besicht" nichts weiter, als daß es blos noch auf den Act der Besichtigung ankomme. Demnach dürfte, wenn diese geschehen ist, nichts weiter erforderlich scheinen, um den Kauf für purificirt zu achten. Nur durch Erklärung des Mißfallens könnte er vielmehr unwirksam gemacht werden, nur zu dieser schiene der Käufer durch seinen Vorbehalt berechtigt, deren Unterlassung würde also den Verkäufer umsomehr berechtigen, den Handel für perfect anzunehmen, als der Käufer nach Besichtigung der Waare eine bestimmte Erklärung abzugeben verbunden ist, folglich auch gegen ihn das qui tacet, ubi loqui potuisset et debuisset, consentire videtur anwendbar scheint. Zu dieser Ansicht werden sich besonders Diejenigen bekennen, welche die Clausel auf Besicht als eine Resolutivbedingung ansehen. Allein daß dies nicht allgemein angenommen werden könne, ist schon zur Fr. 1. bemerkt worden, und faßt man das Rechtsverhältniß mehr nach dem Sinne, als nach den Worten der Clausel auf, so muß man gestehen, daß ein bestimmter Wille von Seite des Verkäufers vor der Besichtigung des Gegenstandes noch gar nicht vorhanden, und nach derselben durch sein bloßes Schweigen, wenn nicht eine concludente Handlung, eine thätliche Einwilligung hinzutritt, ein Wille nicht manifestirt werden kann, mithin dem Verkäufer nichts übrig bleibt, als den Kauflustigen zu einer bestimmten Erklärung anzuhalten, Thöl a. a. O., Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 564. (Ed. 6.), Heise u. Cropp jurist. Ausführ. Thl. I. §. 8—11. no. 12. [Das A. D. H.-G.-B. in Art. 339. Abs. 4. sagt: Ist die auf Besicht oder Probe verkaufte Waare zum Zweck der Besichtigung oder

*) Dies ist wohl eigentlich gegen die Regel des Kaufs auf Besicht, indem dieser dadurch in einen Kauf nach Probe umgewandelt zu werden scheint; es kann aber doch bei mancher Gattung von Waaren eine gründliche Besichtigung nicht wohl möglich seyn, ohne eine Probe zu nehmen.

Probe bereits übergeben, so gilt das Stillschweigen des Käufers bis nach Ablauf der Frist oder auf die Aufforderung als Genehmigung.] Nach der Natur dieser Clausel leuchtet es übrigens wohl von selbst ein, daß der Käufer nach dem Besicht oder Ausproben, um die Waare zu verwerfen, nicht, wie Einige glauben, erst Gründe anzuführen oder sich dem Urtheil eines arbiter zu unterwerfen braucht,*) denn — sagt l. 34. §. 5. D. 18. 1. — gustus ad hoc proficit, ut improbare liceat.**) Nur die bei Zucker und Kaffee sehr gewöhnliche Bestimmung „auf Nachstechen" hat den Sinn, daß der Käufer an den Handel gebunden ist, wenn beim Nachstechen die Waare gut und empfangbar ausfällt; Hamburg. Archiv Bd. I. S. 333. Vergl. Goldschmidt in s. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. I. S. 440 ff.

Eine eigene Beurtheilung erfordert der Fall, wenn mit der Clausel auf Besicht, welche das Geschäft noch problematisch macht, auch positive Stipulationen verbunden werden. Z. B. A. verkauft an B. nach Inhalt der darüber ausgestellten Schlußnote zwei noch in den Schiffen befindliche Ladungen Weizen, mit der Zusicherung, daß derselbe 127—128 Pfd. im Gewicht habe, im Uebrigen nach Probe und auf Besicht. Der Weizen wurde bei der vorgenommenen Besichtigung zwar probemäßig, aber nach der Behauptung des Käufers zu leicht befunden, wogegen die Verkäufer klagend behaupteten: der Weizen habe zur Zeit des Besichts die versprochene Schwere gehabt, auch hätten ihn die Käufer

*) Nicht zu verwechseln mit dem Verkauf ad gustum ist der in l. 1. pr. D. 18. 6. vorgesehene Fall, wenn der Weinverkäufer bei einem unbedingten Verkauf die Gefahr ausdrücklich übernommen hat, entweder auf eine bestimmte Zeit, oder ohne Zeitbestimmung. Mit dem Ablauf dieser Zeit, oder wenn sofort zur Ausprobung geschritten wird, kann allerdings dann die Frage, ob der Wein unverdorben ist, Gegenstand der Beurtheilung durch Sachverständige werden; v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 635. Die angeführte Gesetzstelle ist daher nicht so räthselhaft, als sie bei Glück Thl. XVII. S. 159. geschildert wird. Sie ist viemehr einfach und klar: Si venditor periculo se subjecit, in id tempus periculum sustinebit, quoad se subjecit. Quodsi non designavit tempus, eatenus periculum sustinere debet, quoad degustetur vinum, videlicet quasi tunc plénissime veneat, cum fuerit degustatum. Aut igitur convenit, quoad periculum vini sustineat, et eatenus sustinebit: aut non convenit, et usque ad degustationem sustinebit. Im unterstellten Fall geschieht ja die Prüfung des Weines nicht in Bezug auf eine vorbehaltene degustatio, sondern nur bezüglich der Frage: ob der Verkäufer von der übernommenen Gefahr entledigt sey.

**) Glück Thl. XVII. S. 158., Gensler Comm. de emtione venditione, quae fit ad mensuram, adnumerationem pondusve, vel ad gustum. §. 17. not. 15.

unbedingt gebilligt, sie seyen daher schuldig, ihn anzunehmen und zu bezahlen. Wie war nun die Beweisauflage zu fassen? War sie blos auf die unbedingte Genehmigung, oder auch auf die Frage, ob der Weizen zur Zeit des Besichts das versprochene Gewicht gehabt habe, zu dirigiren? Die letztere Frage schien überflüssig, insofern der Käufer bei dem Kaufe auf Besicht gar keinen Grund nöthig hat, um vom Handel abgehen zu können, sondern sein Nichtwollen genügt. Aber eben weil dann die beiden anderen Clauseln bezüglich des Gewichts und der Uebereinstimmung mit der Probe ganz müssig gewesen wären, wenn die Clausel auf Besicht in ihrem gewöhnlichen Sinne verstanden gewesen wäre, so erschien vielmehr diese Clausel nur als eine Nebenbestimmung bei der principaliter gemeinten Stipulation der Probemäßigkeit und des Gewichts. In einer solchen Verbindung verliert demnach die Bestimmung „auf Besicht" die Natur einer Potestativbedingung zu Gunsten des Käufers, und der Handel ist hauptsächlich als auf die versprochenen Eigenschaften der Waare abgeschlossen anzusehen. Der Beweis war demnach auf beide vorangestellte Fragen zu richten; Cropp a. a. O. §. 11.

Zu 3) Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. S. 763. verweist hierüber auf den Ortsgebrauch. Gemeinrechtlich pflegt man einen Zeitraum von 60 Tagen anzunehmen, nach Analogie der gesetzlichen Bestimmung in Ansehung des pacti displicentiae, l. 31. §. 22. D. 21. 1., nach welcher die Reue einer Verjährung von 2 Monaten unterworfen ist; Thöl Handelsr. §. 71., Hamburg. Archiv f. d. Handelsr. Bd. I. S. 342. [Goldschmidt in s. Zeitschr. f. Handelsr. I. S. 124. Das H.=G.=B. in Art. 339. läßt den Ortsgebrauch, event. die Mahnung seiten des Verkäufers entscheiden. s. folg. Fr.]

Zu 4) Um den Käufer in moram zu versetzen, ist eine außergerichtliche Aufforderung, wenn sie nur erwiesen werden kann, hinreichend, und, wenn nun dadurch der Käufer in Kenntniß gelangt, daß ohne Nachtheil die Disposition über die ihm zum Kauf angebotene Waare nicht länger verschoben werden kann, demungeachtet aber unthätig bleibt, so finden die Gesetze hierin eine hinlängliche Aufforderung an den Verkäufer, diejenigen Mittel zu gebrauchen, welche geeignet sind, den drohenden Schaden von sich abzuwenden; l. 122. §. 3. l. 135. §. 2. D. 45. 1. Es wird daher insgemein angenommen, daß der Verkäufer nicht blos auf Besichtigung und Erklärung klagen, sondern auch außergerichtlich dem Käufer die Alternative stellen kann, binnen angemessener Frist zu besichtigen und zu erklären, oder zu gewärtigen, daß er (Verkäufer) vom Handel zurücktreten und anderweit über die Waare dis=

poniren werde; Heise u. Cropp a. a. O. Bd. I. S. 198., Glück Thl. XVII. S. 163., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 635., Thöl Handelsr. §. 71. [Daß hier von einer eigentlichen mora die Rede nicht seyn könne, bemerkt Goldschmidt a. a. O. S. 129. mit Recht.]

Zu 5) Begreiflich kann bei einem Handel auf Besicht der Verkäufer nicht eher klagen, als bis die Waare vom Käufer gebilligt ist; daß dies geschehen, muß er also beweisen.*) Ebenso hat der Käufer, wenn er gegen den Verkäufer auf Auslieferung klagt, zu beweisen, daß er seine Billigung rechtzeitig erklärt habe. Behauptet der eine oder der andere Theil, daß sich das Geschäft in Folge der nach genommenem Besicht erklärten Mißbilligung wieder aufgelöst habe, so muß er die rechtzeitig erfolgte Mißbilligung beweisen; Thöl a. a. O. S. 226., Seuffert's Archiv Bd. I. S. 361. Vergl. Goldschmidt a. a. O. S. 127.

Zu 6) Thibaut hat in den früheren Ausgaben seines Systems §. 175. den Satz behauptet, welchen man noch in Braun Dict. zur 7. Aufl. vertheidigt findet: „Hat sich Jemand etwas ad gustum bedungen, so trägt er das periculum interitus, nicht aber das periculum deteriorationis." Allein in der 8. Aufl. §. 478. berichtigt er diese allerdings unhaltbare Meinung, indem er bis zur Ausprobung vielmehr jede Gefahr dem Verkäufer zuweist, und damit stimmen auch andere Rechtsgelehrte überein; denn eher wird der Kauf ja nicht perfect, und vor der Perfection kann die Gefahr nicht auf den Käufer übergehen; l. 4. §. 1. D. 18. 6., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 254., Glück Thl. XVII. S. 161., Hasse die culpa S. 456., Heise u. Cropp a. a. O. Bd. I. S. 199., Thöl a. a. O., Goldschmidt a. a. O. S. 120. Eine Ausnahme hiervon fließt übrigens aus den Grundprincipien in folgenden Fällen: a) Ist zur Besichtigung und Ausprobung eine Zeit bestimmt, der Verkäufer hindert aber selbst den dazu sich bereit findenden Käufer, so muß der Verkäufer auch über

*) Diejenigen, welche in dem Kauf auf Besicht ein unter einer Resolutivbedingung geschlossenes Geschäft, mit andern Worten einen schon völlig bindenden Vertrag, dessen bindende Kraft nur durch die Reue des Käufers wieder aufgelöst werde, zu finden glauben, meinen zwar: allemal müsse vielmehr der Käufer, wenn er einmal zugestanden hat, die Waare auf Besicht gekauft zu haben, das Factum seiner Reue beweisen, Bender Grunds. d. Handelsr. S. 203., Hamb. Archiv Bd. I. S. 339. no. 2.; allein sie gestehen doch zu, daß die handelsrechtliche Praxis sich für das Gegentheil, nämlich für den oben aufgestellten Grundsatz entschieden habe.

diese Zeit hinaus die Gefahr tragen; l. 4. pr. D. 18. 6. — b) Begeht der Käufer in Ansehung der Besichtigung oder Ausprobung einen ungerechten Verzug, so fällt ihm als Folge der mora sowohl das periculum interitus als deteriorationis zur Last; Thöl a. a. O., Cropp a. a. O.

Zu 7) Nach allgemeinen Grundsätzen möchte wohl anzunehmen seyn, daß die Genehmigung der vorher besichtigten Waare noch keinen Verzicht auf das jedem Käufer zustehende Recht, von dem Verkäufer Gewähr für die heimlichen Mängel zu fordern, involvire; Heise u. Cropp a. a. O. S. 207. Damit stimmt das Lübische Recht B. 3. Tit. 6. Art. 15. überein, dagegen das Hamburgische Statut P. II. Tit. 8. Art. 17. durchaus keine Einrede mehr zuläßt, wenn der Käufer einmal das besehene und erstandene Gut in seine Behausung und Gewehr gebracht hat.

---

§. 282.

b) Kauf nach Probe oder Muster.

1) Ist der Kauf nach Probe als ein bedingtes oder unbedingtes Kaufgeschäft anzusehen?
2) Wenn die Probe dem Käufer unversiegelt übergeben wurde, und nun, wenn es zur Vergleichung mit der gelieferten Waare kommt, die Identität der vom Käufer vorgezeigt werdenden Probe vom Verkäufer widersprochen wird, wie verhält es sich da mit der Beweislast? oder, wenn der Käufer die erhaltene Probe gar abhanden kommen ließ?
3) Wird der Käufer, wenn die Waare nicht der Probe gemäß befunden wird, blos von der Verbindlichkeit, die Waare zu übernehmen, frei, oder kann er auch das Interesse fordern?

Zu 1) Man findet zwar (Treitschke der Kaufcontract §. 46.) einen Unterschied dahin aufgestellt: ob eine bestimmte Partie als eine species, oder ob in genere verkauft worden sey, indem im ersten Falle ein suspensiv bedingtes, im zweiten Falle aber ein unbedingtes Geschäft anzunehmen wäre. Es ist aber wohl richtiger, in beiden Fällen, überhaupt ohne irgend einen Unterschied, ein unbedingtes Geschäft

zu statuiren, und beide Theile aus einem nach Probe geschlossenen Handel als sofort gebunden zu erkennen. Die Beziehung des Kaufs auf eine zu Grunde gelegte Probe enthält nämlich blos die Zusicherung der aus der Probe ersichtlichen Beschaffenheit der Waare; das einem Geschäfte hinzugefügte dictum et promissum macht aber dasselbe nicht zu einem bedingten, sondern begründet nur eine besondere Verpflichtung des Promittenten; Heise u. Cropp jurist. Ausführ. Thl. I. no. 13. §. 3. u. 10., Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 564. (510.) Richtig definirt Hesse in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. III. S. 148.: „Ein Kauf nach Probe ist nichts Anderes, als ein gewöhnlicher Kauf, bei dem nur die Bezeichnung des Kaufobjects in zum Theil eigenthümlicher Weise erfolgt." [Entsprechend ist das A. D. H.-G.-B. Art. 340.]

Zu 2) Indem der Verkäufer dem Käufer die Probe unversiegelt übergibt, erkennt er ihn freiwillig als Gewährsmann an, und muß sich daher wenigstens mit seiner eidlichen Versicherung der Identität begnügen, außerdem aber den Beweis übernehmen, daß die Probe vertauscht, verfälscht, oder sonst verändert sey; Cropp a. a. O. §. 8. u. 9., Thöl Handelsr. §. 72. Ist die Probe bei dem Käufer abhanden gekommen, so kann man wohl nicht, wie hier und da behauptet wird, daraus die Folge ziehen, daß er nun die Waare ohne Weiteres als probemäßig annehmen müsse, denn durch eine Nachlässigkeit in der von ihm im Interesse beider Contrahenten übernommenen Aufbewahrung hat er sich blos die Verbindlichkeit zugezogen, dem Andern das Interesse zu prästiren; dieser ist aber dadurch nicht der Verbindlichkeit, probemäßige Waare zu liefern, entbunden. Die richtige Folge ist daher nur diese: daß nun der Käufer, da er den Verkäufer außer Stand gesetzt hat, die gehörige Beschaffenheit auf die zum Grund gelegte Weise darzulegen, diesen dadurch schadlos halten muß, daß er demselben den sonst ihm obliegenden Beweis der Probemäßigkeit der Waare abnimmt, und nun umgekehrt die Nichtprobemäßigkeit zu beweisen schuldig wird, wozu er sich im schlimmsten Fall der Eideszuschiebung bedienen kann;*) Cropp a. a. O. §. 4., Thöl a. a. O.,

---

*) Den dagegen von Hesse in Linde's Zeitschr. a. a. O. S. 161. gemachten Einwendungen kann man wohl kein sonderliches Gewicht beilegen. Er sagt: eine Verbindlichkeit des Käufers, die erhaltene Probe vorzuzeigen, sey theoretisch nicht begründet; allein wer möchte wohl leugnen, daß hier das Probestück ganz die Stelle einer gemeinschaftlichen Urkunde vertritt? Ferner behauptet er, bei einem Kauf nach Probe werde zuweilen dem Käufer keine Probe eingehändigt

Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. I. S. 307. Eine ähnliche Entscheidung s. Strippelmann Samml. bemerkensw. Entscheid. d. O.-A.-Ger. zu Cassel Thl. II. no. 30. Es wird zwar auch darüber gestritten, ob der Käufer nicht schon dadurch, daß er ohne besondere Erlaubniß etwas von der Probe abbricht, in die Verbindlichkeit falle, die Waare ohne Weiteres zu behalten, man muß aber, wie auch in einem bei Heise u. Cropp a. a. O. §. 6. angeführten Falle vom Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands erkannt worden ist, vielmehr behaupten, daß der Käufer, welcher ja zu verschiedenen mit dem Muster anzustellenden Versuchen veranlaßt seyn kann, wenn er ohne Gefährde einen Theil der Probe dergestalt abnimmt, daß dadurch eine Vergleichung mit der Waare nicht verhindert wird, um deswillen weder verbunden seyn kann, die Waare zu behalten, noch sonst eine Verpflichtung sich dadurch zuziehe. Freilich, wenn die Verringerung der Probe die Folge hätte, daß darnach eine Vergleichung mit der Waare füglich nicht mehr angestellt werden könnte, würde es eben so gehalten werden müssen, wie wenn die Probe durch Schuld des Käufers gänzlich verloren gegangen wäre.

Zu 3) Es ist zwar bei den gewöhnlichen Verkäufen sehr zweifelhaft, ob der zur Redhibition Berechtigte neben dieser auch noch das Interesse mittels der Contractsklage fordern könne, allein eine besondere Zusicherung über die Beschaffenheit der Waare verpflichtet den Verkäufer ebenso, wie wissentliches Verschweigen der Fehler der Sache oder wahrheitswidriges Vorgeben nicht vorhandener Vorzüge zur Prästation des Interesse. Es steht demnach dem Käufer frei, die nicht probemäßige Waare entweder gänzlich zu verwerfen, und daneben das Interesse zu fordern, welches er bei der Lieferung einer probemäßigen Waare gehabt hätte, oder wegen Unprobemäßigkeit der Waare einen Abzug am Kaufpreis zu erlangen, s. Cropp a. a. O. §. 7. und das dort angeführte oberappellationsgerichtliche Präjudiz. Strippelmann supra cit. macht übrigens folgenden Unterschied: Als Grundsatz gilt, daß wenn bei der Tradition die Waare nicht probemäßig gefunden wird, der Käufer die Annahme verweigern und auf Lieferung probemäßiger Waare dringen kann; wenn aber der Gegenstand des Handels eine bestimmte Species ist, so findet ein An-

---

z. B. wenn der Kaufmann mit einer Musterkarte eine Reise macht; allein da werden auch die Bestellungen anders, nämlich nach Zeichen und Nummern gemacht, und wo keine Probe gegeben wird, kann man auch nicht von einem Kauf nach Probe sprechen.

spruch nur auf diese Species, nicht auf eine der Probe entsprechende Quantität Waare derselben Gattung statt, unbeschadet des durch die Nichtprobemäßigkeit des verkauften Gegenstandes begründeten Entschädigungsanspruches.

---

§. 283.

c) Kauf durch Versteigerung.*)

1) Ist bei einer Versteigerung auch der Amtsvorstand als Mitbietender zulässig? desgleichen
2) der Vormund bei der Subhastation der Güter seines Pupillen?
3) Ist der Käufer als Besitzer in bösem Glauben anzusehen, wenn eine mit Verletzung der verordneten Förmlichkeiten**) behaftete Subhastation nochmals annullirt wird?
4) Kann der Extrahent der Versteigerung, wenn ein Strichsliebhaber Andere von der Concurrenz durch heimliche Abfindung abgehalten hat, von jenem, wenn er nun auf diese Weise die Sache sehr wohlfeil erlangt hat, Entschädigung fordern?
5) Erlöschen durch die Subhastation im Fall unterlassener An-

---

*) Ob das Retractsrecht auch bei einer öffentlichen Versteigerung stattfinde? s. unten §. 294. zu Fr. 5. Daß der Verkauf durch Versteigerung die Evictionspflicht nicht ausschließe, ist, wenn es gleich auch darüber verschiedene Meinungen gibt, wenigstens nicht mit Grund zu bestreiten; Sintenis Civilr. Bd. II. §. 96. Anm. 24.

**) Unzweifelhaft bewirkt nämlich jede bei einer Subhastation vom Richter begangene Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften die Ungiltigkeit derselben; v. Hartitzsch Entscheid. no. 395., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 331. Wesentliche Mängel sind: a) wenn ohne vorgängige Taxation subhastirt wurde; b) wenn eine vorgeschriebene Art der Bekanntmachung unterblieben; c) wenn der Verkaufstermin kürzer, als hätte geschehen sollen, bestimmt worden; d) wenn bei Anschlagung oder Abnahme der Patente, oder bei der Einrückung in die öffentlichen Blätter gefehlt worden; e) wenn der Gerichtsdeputirte oder Protokollführer ohne Einwilligung aller Interessenten Meistbietender geblieben, oder ohne ausdrückliche Genehmigung sämmtlicher Interessenten die Sache dem Auctionator oder Ausrufer zugeschlagen worden ist.

meldung alle und jede Realansprüche an der verkauften Sache?

6) Erlangt der Ersteher ein Recht auf den subhastirten Gegenstand durch das höchste Gebot, oder erst durch den Zuschlag?

7) Inwieweit ist ein Licitant durch sein gelegtes Gebot gebunden?

8) Ist in der Subhastation die lex commissoria stillschweigend enthalten?

9) Geht durch die Adjudication das Eigenthum der Sache auf den Käufer über?

10) Findet bei einem durch öffentliche Versteigerung bewirkten Kauf der Einwand der Verletzung über die Hälfte statt?

Zu 1) Man führt zwar die bejahende Meinung l. 7. C. 10. 3. an, Becker Rechtsfälle Bd. III. no. 159. S. 203., allein in dieser noch dazu unglossirten Gesetzstelle ist nur die Frage behandelt, ob Staatsbeamte bei der Subhastation der Güter eines Verbannten mitbieten dürfen. Dagegen verbietet l. 46. D. 18. 1. dem Beamten da, wo er ex officio handeln muß, zu kaufen; Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 394., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 331.

Zu 2) Wenn der Vormund dabei nicht in mala fide versirt, kann er sowohl selbst darauf bieten, als auch durch einen Dritten, der seinen Namen als Selbstkäufer angibt, bieten lassen, und ebenso umgekehrt, wenn er selbst bietet, das erstandene Gut auf eines Andern Namen schreiben lassen; l. 5. C. 4. 38. — l. 5. §. 4. D. 26. 8., Glück Thl. XXX. S. 464.; vergl. oben §. 280. zu Fr. 2.

Zu 3) Man hat zwar in l. 1. C. 10. 3. die bejahende Entscheidung zu finden geglaubt, Brunnemann Comm. ad l. 1. C. de fide et jure hast. fisc. (10. 3.) ibique allegati, Godofredus ad leg. eand. Allein dieses kaiserliche Rescript setzt in seinem Eingang gar nicht den Fall einer Subhastation, sondern einen so ganz fuglosen Act voraus, daß Niemand wohl in gutem Glauben seyn konnte. Dahingegen sagt l. 137. D. 50. 17. bestimmt: qui autore judice comparavit, bonae fidei possessor est, und l. 109. D. 50. 16. bonae fidei emtor esse videtur, qui — putavit eum, qui vendidit, jus vendendi habere. Wenn demnach eine Collusion nicht besonders nachgewiesen werden kann, so schützt den Käufer immer die der Obrigkeit zur Seite stehende Vermuthung der Legalität, und er kann, wenn eine Förmlichkeit umgangen

wurde, voraussetzen, daß es mit Genehmigung derjenigen Personen, in deren Interesse sie angeordnet sind, geschehen sey; v. Bülow Abhandl. Thl. II. Abth. I. S. 102.

Zu 4) Man findet zwar hier und da die Frage bejahend entschieden, denn, heißt es, dies sey ein pactum turpe, Niemand solle sich mit dem Schaden des Andern bereichern, der Zweck der Subhastation, welcher auf die Ausmittelung des wahren Werths gerichtet sey, dürfe, da der Act unter öffentlicher Autorität vor sich gehe, nicht durch Privat-Machinationen untergraben werden, s. das in Hommel Rhaps. Vol. IV. obs. 586. angeführte Responsum der Leipziger Juristenfacultät, mit welchem jedoch Hommel selbst sichtlich nicht einverstanden war, Carpzov Resp. Lib. IV. tit. 1. resp. 2., Struben rechtl. Bed. Bd. IV. Bed. 9. Ueberwiegende Gründe scheinen jedoch für die Verneinung zu sprechen, denn es besteht ja kein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Verkäufer oder der leitenden Behörde und den Bietungslustigen, jeder der Letzteren kann seine Kauflust aus was immer für Motiven aufgeben, wie es ihm beliebt; von einer turpido kann hier nicht die Rede seyn, in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere et ita invicem se circumscribere [l. 16. §. 4. D. 4. 4. u. l. 22. §. 3. D. 19. 2.] Wenn nun derjenige, für dessen Rechnung die Versteigerung vorgenommen wurde, keinen Rechtsanspruch auf das Mitbieten der abgefundenen Liebhaber hatte, so ist ihm auch durch deren Abfindung kein Unrecht im wahren Sinn, nämlich kein Eingriff in sein Rechtsgebiet widerfahren, welcher ihn zu einer Entschädigung berechtigen könnte, dies wäre nur dann der Fall, wenn der Käufer Arglist oder Gewalt zur Erreichung seines Zweckes gebraucht hätte; Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. V. S. 276., Spangenberg in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 147., Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. S. 30., v. Nettelbladt Rechtssprüche des O.-A.-Ger. zu Parchim Bd. II. S. 159., Hufnagel Mittheil. aus der Praxis der Würtemberg. Civilgerichte no. 104. Jedoch muß eine Subhastation als nichtig aufgehoben werden, wenn erwiesen wird, daß alle erschienenen Bieter sich verabredet hatten, im Termin blos im Interesse des Einen, welcher allein wirklich den Ankauf beabsichtigte, zu bieten, indem da ein wesentliches Erforderniß der Subhastation blos simulirt war; s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1850. S. 153. bezüglich l. 54. D. 44. 7. — l. 21. C. 2. 4.

[Nach denselben Grundsätzen dürfte die Frage zu verneinen seyn, ob der Paciscent eine exceptio turpis contractus habe, wenn er aus

dem Versprechen einer Vergütung dafür, daß der Andere vom Höherbieten bei einer Zwangsversteigerung abstehe, von diesem in Anspruch genommen wird. Vergl. Hommel Rhapsod. obs. 586., Spangenberg in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. V. S. 147 ff. In demselben Sinne ward auch von zwei Nassauer Gerichten erkannt, das Erkenntniß aber vom O.-A.-G. zu Wiesbaden reformirt, weil jener Vertrag darauf hingezielt habe, zum Nachtheil der Concursgläubiger den Kläger vom hohen Bieten abzuhalten, und daher gegen die guten Sitten verstoße. Aehnlich lautet ein Erkenntniß des A.-G. zu Zwickau (s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. N. F. Jahrg. 5. S. 38 ff.). Seuffert's Archiv XII. Nr. 16.]

Zu 5) Reallasten im engeren Sinn, insbesondere Servituten, beständige öffentliche Lasten an Staat, Kirche und Schule erlöschen dadurch nicht, quisque fundus cum sua conditione publicatur l. 23. §. 2. D. 8. 3. — l. 6. C. 8. 26., Leyser Sp. 236. med. 7. Sp. 477. corr. 10., Berger Oecon. jur. Lib. IV. tit. 29. th. 4., Hommel Rhaps. Vol. II. obs. 339., Schmidt hinterlassene Abhandl. Thl. II. S. 274., doch kann der Käufer die Befreiung davon durch Adquisitivverjährung erlangen; Seuffert u. Glück Bl. für Rechtsanw. Bd. II. S. 105.

Zu 6) Wenn keine besondere Stipulation vorliegt, so muß wohl das höchste Gebot die Berechtigung schon vollständig begründen, da der Zuschlag nur ein symbolisches Zeichen dafür ist, daß der Act des Licitirens für beendigt anzusehen, und ein späteres Gebot nicht mehr zu beachten sey. Diese Berechtigung ist aber doch nicht, wie es nach v. Hartitzsch Entscheid. no. 397. scheinen möchte, eine unbedingte, sondern nur eine bedingte, indem der Extrahent der Subhastation nicht zum Zuschlag gezwungen werden, sondern das unternommene Geschäft wieder einstellen kann. [Mit Recht führt gegen Kindervater (in Ihering's Jahrbb. VII. S. 1 ff.) Ihering (ebendaselbst S. 166 ff.) aus, daß der Versteigerer selbst durch erfolgende Gebote noch nicht gebunden wird, daß er zwischen den mehreren Geboten wählen, also auch sich für das niedrigere Gebot entscheiden kann, u. daß mithin erst mit dem Zuschlag der Vertragsabschluß erfolgt.] Durch den Zuschlag erst wird der Kauf purificirt und perfect. Aber die Perfection mit Glück Thl. XVI. S. 268. erst von der Adjudicatoria abhängig zu machen, würde zu manchen Inconsequenzen führen. Das Licitationsprotocoll ist die eigentliche Urkunde über den Contract, und das darauf ergehende Adjudicationserkenntniß des Richters blos declaratorischer Natur; Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 331. Eine noth-

wendige Subhastation kann auch nicht darum, weil nach erfolgtem Zuschlag Concurs über den Eigenthümer erfolgt, wieder aufgehoben werden; Höpfner Beitr. I. S. 134., Zeitschr. f. Rechtspflege u. Verw. N. F. Bd. IX. S. 263.

Zu 7) Das Versteigerungsgeschäft bietet ein scheinbar sehr ungleiches Verhältniß zwischen Verkäufer und Käufer dar, denn während der Käufer durch sein Angebot den Kauf seiner Seits schließt, behält der Verkäufer noch immer die Freiheit, ihm zuzuschlagen oder nicht. Der Versteigernde kann sein Ausbieten im Lauf der Angebote, so lange er nicht zum Zuschlag schreitet, willkürlich zurückziehen [s. Ihering a. a. O. S. 168.], jeder Bietende aber unterwirft sich durch das Mitbieten der Möglichkeit des Zuschlags auf sein jedesmaliges Gebot. Dieses jedoch nur scheinbare Mißverhältniß scheint unter den Rechtsgelehrten die Verschiedenheit der Meinungen über folgende Fragen veranlaßt zu haben: a) Kann der Meistbietende vor der Adjudication noch von seinem Gebot zurücktreten? Mehrere behaupten Ja! v. Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. I. no. 10., Struben rechtl. Bed. Thl. V. no. 28., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 196. (§. 153.), welcher auch Göschen Vorles. Bd. III. S. 368. dafür anführt. Allein bei jedem bedingten Versprechen muß ja der Promittent den Auszug der Bedingung abwarten, und darf nicht pendente conditione zurücktreten. So ist es bei der addictio in diem expressa, l. 9. D. 18. 2. und es ist kein Grund vorhanden, warum es bei der addict. in diem tacita anders seyn sollte, welche dem Versteigerungsverfahren zum Grund liegt, Glück Thl. XVI. S. 269., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 54. Nimmt man, wie es wohl das Richtigere seyn möchte, den Kauf schon durch den Zuschlag für perfect an, so kann von diesem Moment an ohnedies nicht mehr an einen Rücktritt gedacht werden. b) Wird der Licitant durch das Mehrgebot eines Andern von der Verbindlichkeit seines Angebots ohne Weiteres frei, oder nur erst durch die Annahme des Mehrgebots von Seite des Versteigernden, oder allererst durch die Adjudication an den Mehrbietenden? Die Meinung: daß der Licitant durch das Ueberbieten eines Andern allein noch nicht frei werde, findet man von Mehreren, namentlich von Glück Thl. XVI. S. 269. und die Citate in Anm. 59., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 331., Unterholzner a. a. O. Anm. f. zunächst aus dem Grund vertheidigt, weil aus dem Ueberbieten des Andern noch nicht folge, daß diesen die Verkaufsinteressenten annehmen werden und müßten, was auch nach Thibaut System §. 617. (Ed. 8.), Gründler Polemik d. german. Rechts Thl. II. §. 279.

S. 68., Ihering a. a. O. [s. die Einschaltung zur vorigen Frage] u. A. von deren Belieben abhängen soll und dann gewiß nicht geschehen wird, wenn derjenige, welcher überboten hat, nicht zu bezahlen im Stande ist. Allein einer Meinung, welche der Natur des Geschäfts geradezu widerstrebt, kann man schwerlich beipflichten. Immerhin mag der Versteigernde die Zulassung zur Licitation an Bedingungen (z. B. nachgewiesener Zahlungsfähigkeit) knüpfen, und außerdem noch seinen freien Willen darüber behalten, ob er das Geschäft in seinem Lauf wieder aufheben, oder zum Ende (Zuschlag) führen möge, aber daß er unter den Bietenden ohne Rücksicht auf Mehr- oder Mindergebot solle wählen können, widerspricht zu sehr dem Begriff einer Versteigerung.*) Man findet daher nicht den mindesten Grund dafür, und mithin auch nicht für die Meinung jener Schriftsteller, daß der Ueberbotene dann, wenn der Ueberbietende nicht angenommen wird, mit seinem Mindergebot haften müsse. Im Versteigerungsverfahren tritt jeder Licitant in ein Recht und zugleich in eine Verbindlichkeit, und zwar, wie oben bemerkt, beides bedingt ein; l. 2. D. 18. 2. Sin autem hoc actum est, ut perficiatur emtio, nisi melior conditio offeratur, erit emtio conditionalis; Cocceji J. C. Lib. XX. tit. 5. qu. 4., Stryck Us. mod. Lib. XVIII. tit. 2. §. 4., Wernher P. VI. obs. 349., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. no. 55., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 96. Anm. 22., Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 282. (194 a.)

Wenn die Frage aufgeworfen wird, ob im Falle, daß mehrere Licitationstermine ausgeschrieben werden, der im ersten Termin meistbietend Verbliebene bis zum zweiten Termin an sein Gebot gebunden bleibe, so kommt es darauf an, ob der folgende Termin als eine Fortsetzung des ersten, oder als ein neues Subhastationsunternehmen anzusehen ist. Ersteres muß man annehmen, wenn die mehreren Bietungstermine auf einmal ausgeschrieben werden, denn da weiß Jedermann vorher, daß der Zuschlag nicht vor dem letzten Termine erfolgen werde, und indem nun mit Rücksicht darauf geboten werden kann, folgt von selbst, daß das Ausgebot des folgenden Termins mit dem Meistgebot des vorigen beginnen müsse; Sintenis a. a. O. Wenn aber die Anberaumung eines zweiten Licitationstermins durch Verei-

*) [Derselben Ansicht scheint v. Keller Pand. §. 223. a. E. zu seyn. Mit Recht bemerkt aber Ihering a. a. O. S. 172., daß es durch nichts gerechtfertigt sey, die Versteigerung schlechthin als eine Proposition an den Meistbietenden zu definiren. Wer die ganze Versteigerung zurücknehmen darf, dem kann nicht versagt seyn, unter den Licitanten zu wählen.]

telung des ersten veranlaßt wird, so kann jener nicht als Fortsetzung eines durch den Rücktritt der Extrahenten aufgehobenen Licitationsacts, sondern nur als ein ganz neuer Act angesehen werden, auf welchen sich der im vorigen Termin meistbietend gewesene nicht einzulassen braucht; Unterholzner a. a. O. Wird bei Anberaumung einer Licitation im Voraus bekannt gemacht, daß der Zuschlag nur dann erfolgen werde, wenn $^2/_3$ der Taxe geboten seyn werden, so gelangt derjenige, welcher unter $^2/_3$ der Taxe bietet, ebensowenig zu einer Verbindlichkeit, als zu einem Recht. Für das s. g. jus primi liciti ist kein gemeinrechtliches Gesetz vorhanden; Glück Thl. XVI. S. 177.

Zu 8) Mehrere behaupten es, Crell D. legem commissariam subhastationibus tacite inesse. Vit. 1746., Hildebrand D. de lege commissoria §. 5., Berger Oecon. jur. Lib. IV. tit. 29. th. 2. not. 11. Wo aber nicht Particularrechte ein Anderes verordnen, kann man nach Sintenis Civilr. Bd. II. §. 96. Anm. 24. nur einen häufigen Gerichtsbrauch dafür behaupten, daß jeder Adjudicationsbescheid die stillschweigende Bedingung enthalte, daß, wofern die Kaufgeldszahlung in der gesetzten Zeit nicht erfolgt, der Käufer sich der anderweiten Subhastation auf seine Kosten und Gefahr unterwerfen müsse. Darin ist aber doch keine lex commissoria enthalten, nämlich nicht so, daß der Käufer mit dem Augenblick der nicht zu gehöriger Zeit erfolgten Zahlung alles Recht aus der erhaltenen Adjudication verloren hätte, sondern eine clausula cassatoria, die den Verkäufer, wenn er will, von dem Vertrag entbindet, dagegen den Käufer bei seinen Verbindlichkeiten festhält, daher er auch in Ansehung der Gefahr als Eigenthümer behandelt wird, und bis zu erfolgter anderweiter Subhastation und Adjudication moram purgiren, und durch Erfüllung des Contracts der Execution oder der Subhastation und Adjudication vorbeugen kann; Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 331., Glück Thl. XVI. S. 307. Die bei Subhastationen dem Licitanten zuständige Zahlungsfrist muß übrigens auch bei einem zahlungsunfähigen Käufer abgewartet werden, denn der vom Richter bei dessen Zulassung begangene Irrthum macht die Subhastation noch nicht null und nichtig; v. Hartitzsch Entscheid. no. 399.

Zu 9) Obwohl man annimmt, daß der Käufer schon sofort nach der Adjudication die Gefahr der Sache trage, Carpzov jurispr. for. P. I. c. 32. def. 46., so geht doch das Eigenthum erst in Folge der Tradition und Erlegung des Kaufpreises oder dessen theilweiser Creditirung auf den Käufer über; Hommel Rhaps. Vol. I. obs. 44., Berger Oecon. jur. Lib. IV. tit. 29. th. 4. not. 2.

Zu 10) Wo nicht, wie in Sachsen (s. Haubold Sächs. Privatr. §. 279., Decis 19. de Ao. 1746.), in Braunschweig (s. Struben rechtl. Bed. Thl. V. no. 69.), im Herzogthum Magdeburg (s. Stryck Us. mod. Pand. Lib. 18. tit. 5. §. 5.), im Oesterreich. Gesetzb. §. 935., im Preußischen Landr. Thl. I. Tit. 11. §. 343. und Code Napoleon Art. 1684. diese Einrede bei Subhastationen ausdrücklich ausgeschlossen ist, waltet eine bedeutende Verschiedenheit der Meinungen ob. Viele halten dafür, die exc. laes. enorm. könne auch bei Verkäufen an den Meistbietenden nicht ausgeschlossen werden, denn nur bei fiscalischen Versteigerungen sey sie gesetzlich ausgeschlossen, davon gelte aber kein Schluß auf alle anderen Arten der Versteigerungen. Vielmehr müsse die l. 2. C. 4. 44. übrigens allgemein gelten, weil die ratio legis überall dieselbe sey. Insbesondere wird für diese Meinung noch angeführt l. 9. D. 18. 5., welche aber von etwas ganz Anderem spricht, und l. 16. C. 4. 44., welche jedoch nichts weiter sagt, als daß untergelaufener fraus und dolus auch den Verkauf sub hasta ungiltig mache, was allerdings auch nach l. 50. D. 21. 2. behauptet werden muß. Dieser Meinung sind: Mittermaier d. Privatr. Bd. II. §. 282. (194a.), Gründler Polemik d. german. Rechts Thl. II. §. 277. und die theils dort, theils in Glück Thl. XVII. S. 93. Anm. 47. angeführten Schriftsteller, Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 18. tit. 5. §. 34. (welcher dies für opinio communis et verior erklärt), Becker Samml. merkw. Rechtsfälle Bd. I. S. 30. (welcher aber auch eine entgegengesetzte Entscheidung in Bd. II. S. 503. zum Besten gibt), Glück a. a. O., welcher auch die Praxis dafür behauptet, Mevii Dec. P. II. dec. 206., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. IV. no. 43., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 248., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. §. 260. (153.), v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 611., Erk. d. O.-A.-G. zu Lübeck in Seuffert's Archiv Bd. VI. S. 461.

Die entgegengesetzte Meinung, nach welcher die l. 2. C. de resc. emt. 4. 44. auf Subhastationen, und zwar ohne Unterschied zwischen freiwilligen und nothwendigen, durchaus keine Anwendung leiden soll, zählt nicht minder ansehnliche Vertheidiger; Stryck Us. mod. Lib. 18. tit. 5. §. 5., Kapff merkw. Civilrechtssprüche S. 14., Albrecht Entscheid. merkw. Rechtsfälle Bd. III. S. 273., Elvers u. Bender allgem. jurist. Zeitg. Jahrg. II. S. 357., Mackeldey Lehrb. §. 373., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 331., Walch controv. jur. civ. pag. 608. §. 20., Leyser Sp. 205. cor. 1., Klein merkw. Rechtssprüche der Hallischen Juristenfacultät Bd. I. no. 44., Hommel Rhaps. Vol.

IV. obs. 586. no. 22. u. 23., Cocceji jus controv. Lib. 18. tit. 5. qu. 15., Bucher R. d. Ford. §. 71. Anm. c., Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 5. §. 18. not. 4., Carpzov Lib. IV. tit. 1. Resp. 1. no. 18., Wernher Vol. II. obs. 59. pag. 148. obs. 132. no. 3. pag. 390., und, insoweit es sich von nothwendigen Subhastationen handelt, auch Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 422. und die bei Glück a. a. O. Anm. 50. citirten Autoren.

Eine specielle gesetzliche Bestimmung ist zwar weder für die eine noch für die andere Meinung anzuführen; indem wir uns aber hierdurch auf die Natur der Sache verwiesen sehen, und erkennen müssen, daß diese sich immer im praktischen Bedürfniß treu abspiegelt, spricht schon die in so vielen oben bemerkten, immerhin als raison écrite geltenden neueren Gesetzgebungen anerkannte Nothwendigkeit sehr für die Richtigkeit der ihnen zum Grunde liegenden Ansicht. Wer sich einer öffentlichen Einrichtung bedienen will, darf dies nur ohne Verletzung des ihr nothwendigen und wesentlichen Charakters der Untrüglichkeit thun, und nur mit nothwendiger Unterordnung seines Privatinteresse unter die (ohne Unterschied, ob etwas zum Besten des fiscus oder eines Privaten subhastirt wird) gleich wichtigen Rücksichten des öffentlichen Credits. Dieser nothwendige Absolutismus der öffentlichen Subhastation,*) welcher Einwendungen aus dem Grund, über die Hälfte zu theuer gekauft zu haben, unvermeidlich ausschließt, ist deutlich genug in den Gesetzen ausgesprochen: fiscalis hastae fides facile convelli non debet. l. 8. C. 8. 26. Si quis fundum — aliamve rem sub hasta distracta comparaverit, perpetuam emtionis accipiat firmitatem, l. ult. C. 4. 46. Eben darein wird das Wesentliche der Subhastation gesetzt, ut perpetuo penes eos sint jure dominii, quibus res hujuscemodi sub hastae solennis arbitrio fiscus addixerit, wogegen nicht einmal ein Kaiserliches Rescript etwas vermögen, und selbst die Minderjährigkeit keinen Anfechtungsgrund gewähren soll; l. 5. C. 10. 3. Es ist in sich widersprechend, daß ein Verkäufer (und diesem allein gaben ja die Gesetze das fragliche Rechtsmittel), welcher freiwillig das auf allgemeine Concurrenz, somit auf den Zufall berechnete Mittel zur Erzielung des höchstmöglichen Preises erwählt hat, blos wegen Un-

*) Von privatim veranstalteten Licitationen, welche häufig in Wirthshäusern vor sich gehen, bei welchen die meisten Unregelmäßigkeiten und Uebervortheilungen vorzukommen pflegen, kann jedoch bei dem Mangel des Grundes auch die obige Folge nicht gelten, wie in Hufnagel Mittheilungen H. 1. S. 65. ausgeführt und mit Präjudicien d. Königl. Würtemb. Gerichte belegt ist, denn da fehlt die in der Mitwirkung der Obrigkeit liegende Garantie.

gunst des Zufalls soll revociren können, während im umgekehrten Fall der Käufer es nicht kann. — Bei dem nothwendigen Verkauf ist übrigens durch das Auslösungsrecht ein Hilfsmittel gegeben, welches von dem Schuldner den Nachtheil entfernt, ohne dem Interesse des Gläubigers zu schaden. Bei der freiwilligen Subhastation steht es im freien Willen des Verkäufers, zuschlagen zu lassen, oder nicht. Es ist zwischen dem Verkauf aus freier Hand und der Subhastation ein wichtiger Unterschied. Bei ersterem ist auf Seite des Käufers wie des Verkäufers die licentia se in pretio emtionis venditionis circumveniendi unbeschränkt bis auf die Grenze, welche ihr durch die Rücksicht auf laesio ultra dimidium ausnahmsweise gesetzt ist. Bei der Subhastation fällt, indem da lediglich die Concurrenz der Kauflieb-haber den Preis bestimmt, jene Freiheit weg, und mit der Regel muß auch die Beschränkung der Regel cessiren.

---

§. 284.

d) Rentenkauf.

1) Inwiefern finden auf den Rentenkauf die gesetzlichen Vorschriften über das zinsbare Darlehn statt?

Zu 1) Die gesetzlichen Vorschriften über Zinsen sind auf erkaufte Renten nur insoweit übertragen, als die Rente nicht über 5 Procent der Kaufsumme betragen darf; Glück verfällt daher in Inconsequenz, wenn er Thl. XXI. S. 146. den von ihm in Anm. 42. angeführten Rechtsgelehrten entgegentritt, welche andere Zinsbeschränkungen nicht auf Gülden und Renten anwendbar erachten, vielmehr behaupten, daß rückständig gebliebene Renten ultra alterum tantum steigen, und daß Verzugszinsen von den Rückständen gefordert werden dürfen. Er hat daher hierin die Stimme der meisten Rechtsgelehrten gegen sich, Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. I. §. 107., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 463 a., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 195., Schröter Abhandl. Bd. I. S. 260., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 107., Gründler Polemik d. german. Rechts Th. II. §. 280., Walter System §. 268. Die Nov. 160. cap. 1., wenn sie gleich nicht glossirt ist, beweist wenigstens historisch, daß nicht die Absicht war, die Renten in allen Punkten den Zinsen gleich zu setzen,

wie denn auch die Verschiedenheit der Institute einer völlig gleichen Behandlung entgegen ist. Die Rente ist nicht wie der Zins ein accessorium sortis, sondern eine für die Kaufsumme erhandelte Quantität fungibler Sachen. Der Unterschied zwischen Aufkündbarkeit eines Darlehns und der Ablösbarkeit einer Rente ist bekannt. Während der Güldenkäufer (Gläubiger) nie aufkünden kann, wenn er nicht für den Fall eines Verzugs von Seite des Schuldners sich solches ausdrücklich bedungen hat,*) kann der Verkäufer (Schuldner) schon nach den Gesetzen die Ablösung oder den Wiederkauf nach freiem Belieben ausüben, und man darf wohl mit Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 463. behaupten, daß er es selbst dann könne, wenn er im Vertrag auf dieses Recht verzichtet hat, denn die R.-P.-O. v. J. 1530. bestimmt, daß die Verschreibung allezeit auf Wiederkauf geschehen soll; Glück Thl. XXI. S. 143. Der Rentenkäufer erlangt übrigens kein Realrecht, sondern nur eine Forderung, daher die Rente durch eine Hypothek auf das betheiligte Grundstück radicirt werden muß, um auf einen nachfolgenden Besitzer desselben überzugehen; Schweppe a. a. O. §. 463 a., Glück a. a. O.

---

§. 285.

e) Leibrentenvertrag.**)

1) Kann ein Leibrentenvertrag auf den Grund einer unmäßigen Verletzung, oder wucherlicher Behandlung angefochten werden?
2) Inwiefern kann er vermöge eines Näherrechts auf das für die Leibrente gegebene Gut angefochten werden?

---

*) Mehr sagen die Gesetze nicht, als daß es ihm erlaubt sey, eine solche Bestimmung festzusetzen; s. Deputations-Abschied v. J. 1600. §. 35. R.-P.-O. v. J. 1530. Tit. 26. §. 8. v. J. 1577. Tit. 17. §. 9. Tit. 19. §. 3., Eichhorn a. a. O. §. 107., v. Wening-Ingenheim a. a. O. S. 195. Es ist daher sehr willkürlich, wenn die Praxis es auch ohne besondere Stipulation gestattet, wie in Gerstlacher Handb. der deutschen Reichsgesetze Bd. X. S. 2119. behauptet wird.

**) Contractus vitalitius. — Eine Abart der Leibrenten machen die s. g. Tontinen aus. Man versteht darunter eine Gesellschaft, welche sich dahin vereinigt hat, daß die vertragsmäßig bestimmten Renten ihr so lange ausbezahlt werden sollen, bis der Letzte aus ihr gestorben seyn wird, so daß die Portionen der Absterbenden denen, die am Leben bleiben, zufallen. — Ist eine

3) Ist es zum Geschäft wesentlich, daß die bedungene Rente die gewöhnlichen Zinsen übersteigt?
4) Kann der Rentennehmer die Rechte des aufgelösten Vertrags geltend machen, wenn der Rentengeber durch eine vorsätzliche Handlung der Dauer derselben ein Ende gemacht hat?
5) Kann der Untergang der für die stipulirte Leibrente gegebenen Sache die Wirksamkeit des Vertrags aufheben?
6) Können die Gläubiger des Rentennehmers den Leibrentenvertrag umstoßen?
7) oder auch dessen Kinder wegen Pflichttheilsverletzung?
8) Berechtigt den Rentennehmer mehrmalige Säumniß des Rentenzahlers die Auflösung des Vertrags zu fordern?
9) Kann vom Rentennehmer die Auflösung des Vertrags wegen nachgeborener Kinder gefordert werden?
10) Was für Rechte hat der Rentennehmer im Concurs des Rentengebers?
11) Erlischt die Leibrente nur durch den natürlichen oder auch auf gewaltsame Weise erfolgten, oder auch durch den Civil-Tod des Rentennehmers?
12) Muß der Leibrentenvertrag, wenn ihm eine Modalschenkung zum Grunde liegt, gerichtlich insinuirt werden?
13) Wird durch Mißwachs oder andere Unglücksfälle eine Minderung der in Früchten bestimmten Rente begründet?
14) Da Leibrenten nach der Natur der Alimente vierteljährig vorausbezahlt zu werden pflegen, so fragt sich, ob eine theilweise Rückforderung stattfinde, wenn der Rentennehmer etwa mitten im Laufe des Quartals stirbt?
15) Wie kann die Leibrente durch Verjährung erlöschen?

Zu 1) Da der Leibrentenvertrag*) aleatorischer Natur ist, und man unmöglich denjenigen Rechtsgelehrten beistimmen kann, welche

---

solche Gesellschaft auch obrigkeitlich bestätigt, so haftet deswegen der Staat doch nicht für einen Verlust, welcher Folge unrichtiger Grundsätze ist, auf welche die Anstalt gebaut war; Runde deutsch. Privatr. §. 217., Danz zu Runde Bd. II. S. 330.

*) Ueber die Berechnungsart der wahrscheinlichen Lebensdauer s. l. 68. D. ad Leg. Falc. (35. 2.), Süßmilch göttliche Ordnung rc. 4. Ausg. Berlin 1775., Tetens Einleitung zur Berechnung der Leibrenten, Leipz. 1785., Michelsen Anleit. z. polit. Rechenkunst Bd. II. S. 270., Littrow Anleit.

wie Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 5. th. 18. not. 4., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XVIII. tit. 5. §. 36. auch bei einer emtio spei die Klage wegen Verletzung über die Hälfte nicht für ausgeschlossen erachten, deren Meinung Leyser Sp. 205. med. 4. mit der Bemerkung rechtfertigen will, si qualiscunque incertitudo remedium l. 2. C. excluderet, usus ejus legis plane tolleretur, cum res humanae omnes, quantumvis certissimae videantur, aliquid aleae et dubii contineant, so ist wohl deren Unzulässigkeit eine nothwendige Folge davon, daß die l. 2. C. 4. 44. diesen Anfechtungsgrund an die Voraussetzung bindet, daß die verkaufte Sache schon zur Zeit des Contracts einen gewissen bestimmten Werth gehabt habe, wovon beim Leibrentenvertrag offenbar das Gegentheil der Fall ist. — A. M. ist Waldeck Controversen-Entscheid. d. O.-A.-G. Braunschw. ꝛc. Th. I. S. 268. Der Verf. gibt zwar zu, daß die Läsionsklage auf Seite des Gebers der Leibrente nicht zu begründen möglich sey, weil es immer von dem ungewissen Todestag des Rentennehmers (Käufers) abhängt, ob und in welchem Maße der Rentengeber beschädigt werden könne, dagegen meint der Verf., auf Seite des Rentennehmers könnte allerdings eine Gewißheit der Läsion schon bei Eingehung des Vertrags vorhanden seyn,*) und deshalb seyen mit Recht die Erben einer Rentennehmerin zum Beweis der enormen Verletzung in dem von ihm erzählten Fall gegen zwei abweisende Erkenntnisse zugelassen worden. Dagegen kommt aber in Betracht, daß ein Leibrentenvertrag ja nicht immer blos kaufweise errichtet, sondern auch mit einer Modalschenkung verbunden seyn kann, Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 301. (209.), und auch vom Kauf in l. 11. u. 15. C. 4. 44. gesagt ist: si quis sciens verum valorem rei, tamen lubenti animo illam infra dimidiam tradidit, non potest videri laesus, cum volenti non fiat injuria. Dieser Ansicht sind Glück Thl. XVII. S. 86. Thl. XXI. S. 219., Struben rechtl. Bed. Thl. IV. no. 126., Voet Comm. ad Pand.

---

zur Berechnung der Lebensrenten u. Lebenspensionen, ohne Hilfe der Algebra Wien 1829., Moser Gesetze der Lebensdauer Berlin 1839., Becker über Rentenversicherungsanstalten Berl. 1842., Bernoulli Handb. d. Populationistik Ulm 1841., Baumann kurze u. faßl. Darstellung der Vertr. über. d. menschl. Leben nach Rechtsgrundsätzen Berl. 1828., Löw germanist. Rechtsfälle u. Abhandl. Heidelb. 1836., Florencourt Abhandl. aus d. jurist. u. polit. Rechenkunst Altenb. 1781., Langsdorf arithmet. Abhandl. über jurist., staats- und forstwissenschaftl. Fragen ꝛc. Heidelb. u. Mannh. 1810.

*) Z. E. wenn eine Leibrente von einer Metze Korn für ein Capital von 1000 Thlrn. bedungen worden wäre.

Lib. XVIII. tit. 5. §. 17., Hellfeld jurispr. for. §. 1030., Gründler Polemik Thl. II. §. 339.; vergl. auch Rückert D. Leibrentenvertrag (1857), S. 21. u. 23. 24.

Zu 2) Das Einstandsrecht kann zwar durch einen Leibzuchtvertrag nicht beseitigt, aber es kann nur gegen Entrichtung des wahren Werths des Gutes ausgeübt werden; Struben rechtl. Bed. Thl. IV. no. 126.

Zu 3) Darüber ist sowohl in Frankreich als in Preußen viel Zweifel entstanden, obgleich beide Gesetzgebungen ganz bestimmt aussprechen, daß die Bestimmung des Betrages der Leibrente und des dafür zu entrichtenden Capitals lediglich von dem Uebereinkommen der Parteien abhänge, s. Preuß. allgem. Landr. Thl. I. Tit. 11. §. 610. und daß die Leibrente von den Parteien nach dem ihnen beliebigen Fuße gestiftet werden könne; Code civil Art. 1976. Auch Eichhorn deutsch. Privatr. §. 118. hält es für wesentlich, daß die bedungene Rente die gewöhnlichen Zinsen übersteige. Nach dieser Ansicht könnten daher die vorangeführten Gesetze nur dahin ausgelegt werden, daß der Höhe der Rente im Verhältniß zum Zinsfuß keine Grenze aus dem Grunde einer Läsion oder eines Zinswuchers gesetzt werden könne, nicht aber daß der Leibrentenvertrag auch dann noch als ein solcher gelten könne, wenn die Rente nur dem gewöhnlichen Zinsbetrag des dafür gegebenen Hauptwerths gleichkäme, oder wohl gar nicht einmal diesen erreichen würde. S. auch v. Gerber System §. 192. und Hillebrand Privatr. §. 107.

Sieht man dieser Meinung auf den Grund, so findet man ihn in der Voraussetzung eines dem Leibrentenvertrag wesentlichen Kaufgeschäfts. Da wäre dann, wie Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 335. S. 844. der 2. Ausg. sagt, kein pretium verum vorhanden, und allerdings wäre das Capital eigentlich geschenkt, wenn daraus nur die gewöhnlichen Zinsen bis zum Tod des Rentennehmers entrichtet würden. Warum sollte aber demungeachtet nicht der Vertrag als eine Modalschenkung aufrecht zu erhalten seyn? Daß ihm eine solche zum Grunde liegen könne, ist wohl noch nirgends bezweifelt worden; Hugo Lehrb. d. h. R. R. (civilist. Cursus Bd. IV. §. 242.), Höpfner Instit. §. 409. Anm. 3., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1007., Weishaar Handb. d. Würtemb. Privatr. Thl. III. §. 1312., Code civil Art. 1969. — Die Praxis hat sich auch sowohl in Frankreich, s. Merlin Rep. môt. „rente viagère" pag. 506., Koch a. a. O., als in Preußen durch die Ministerial-Rescripte vom 2. September 1807. u. 12. Februar 1834., s. Bielitz Comm. Bd. II. S. 604., für die

Giltigkeit eines solchen Leibrentenvertrags entschieden, womit auch andere Gesetzgebungen und Rechtsautoritäten übereinstimmen; Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 301. (209.), Westphal deutsch. Privatr. Thl. II. no. 60., Gründler Polemik Thl. II. §. 336., Rückert D. Leibrentenvertrag S. 25.

Zu 4) Wenn der Geber der Leibrente auf irgend eine Weise schuldhaft das Ende derselben herbeigeführt hat, so muß er nach l. 11. C. 4. 6. den Käufer der Rente oder dessen Erben entschädigen. Dies geschieht durch Zurückzahlung des für die Leibrente gegebenen Werths, abzüglich der Zinsen nach deren gesetzlichem Maßstab, ohne Rücksicht darauf, daß die bereits gezahlten Leibrenten mehr betragen haben, vergl. Preuß. Landr. Thl. I. Tit. 11. §. 621. 622. 631—33., v. Zeiller Comm. über d. Oesterreich. Gesetzb. Art. 1285. Anm. 3.

Zu 5) Da der Rentennehmer nicht für den Zufall einsteht, so ist auch der Untergang der Sache nach der Uebergabe ohne Einfluß auf das Fortbestehen der Rente, Koch a. a. O. §. 336. S. 850. d. 2. Ausg., Mittermaier a. a. O. §. 301. S. 81. Daraus folgt, daß der Rentengeber, wenn die Leibrente auf einen fruchtbringenden Gegenstand fundirt war, bei dessen Untergang verbunden ist, einen andern Gegenstand von gleichem Gehalt zu substituiren; Weishaar Handb. d. Würtemb. Landr. Thl. III. §. 1318.

Zu 6) Da der Schuldner über sein Vermögen, so weit es nicht verpfändet ist, volle Dispositionsfreiheit hat, so können sich seine Gläubiger der Regel nach nur an die demselben erworbene Leibrente halten. Die Paulianische Klage kann nicht wohl eintreten, insofern der Leibrentenvertrag kein unentgeltliches Geschäft ist; hätte aber Jemand sein ganzes Vermögen gegen eine Leibrente abgetreten, so gehen die auf demselben haftenden Schulden von selbst auf den Rentengeber über, so weit das Vermögen reicht, quia bona non intelliguntur nisi deducto alieno, Mittermaier a. a. O., Gründler Polemik Thl. II. S. 167. §. 338., vergl. Oesterreich. Gesetzb. §. 1286. Vergl. auch Rückert a. a. O. S. 38 ff.

Zu 7) Insofern ein Leibrentenvertrag keine Schenkung ist, wird auch keine Inofficiositätsklage Platz greifen können; Mittermaier a. a. O., Oesterr. Gesetzb. a. a. O. Besondere Bestimmungen hat hierüber das Preuß. Landr. Thl. I. Tit. 11. §. 636—639.

Zu 8) Gemeinrechtlich ist dies zu verneinen, wenn sich nicht der Rentennehmer durch Beifügung des commissorischen Vertrags prospicirt hat; Mittermaier a. a. O. S. 82., Ayrer D. de rescissione contractus vitalitii. Goett. 1750., Danz zu Runde Bd. II. S. 331.

Zwar will Gründler Polemik Bd. II. §. 337. und Struben rechtl. Bed. Thl. IV. S. 70. dem Rückstand mehrerer Termine die Wirkung beilegen, daß auf Aufhebung des Vertrags geklagt werden könne, allein so zweifellos dies nach dem Preuß. Landr. Thl. I. Tit. XI. §. 647. ist, und so rationell es auch seyn mag, so steht doch bei uns der Grundsatz, daß Nichterfüllung eines Vertrags von einer Seite den andern Theil nicht sofort zur Aufhebung desselben berechtige, und daß dem Vertrag nicht stillschweigend eine conditio resolutiva subsumirt werden dürfe, allgemein fest, Leyser Sp. 46. med. 5., und der von einigen von Gründler angeführten Dissentienten für die entgegengesetzte Ansicht bezogene Reichsdeputations-Hauptschluß v. J. 1600. §. 35. sagt offenbar nur, daß ein pactum resolutivum nicht den Gesetzen zuwider laufend, mithin nicht unzulässig wäre, woraus vielmehr folgt, daß in Ermangelung einer solchen Convention der andere Theil nicht auf Auflösung des Leibrentenvertrags dringen, sondern nur auf dessen Erfüllung klagen könne. Hat nun gleich, wie Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 283. S. 33. bemerkt, die Praxis den Satz gebildet, daß beim Rentenkauf der Käufer überhaupt wegen mora aufkünden könne, so ist doch schwerlich dieser Praxis zu trauen. Mit einigem Schein könnte für diese Meinung wohl auch l. 1. C. 8. 55. angeführt werden, nach welcher bei einer Modalschenkung der Geber durch Weigerung des Beschenkten gegen Erfüllung des modus zur Vindication des Gegebenen berechtigt ist, allein auch dieses Gesetz läßt sich nicht auf Fälle des bloßen Verzugs anwenden. Ein singulärer favor dotis ist es, daß einer Ehefrau, welcher für ihr Heirathsgut ein Leibgeding auf des Mannes Gütern verschrieben ist, nach dessen Ableben noch die Wahl gelassen wird, gegen Verzicht auf das Leibgeding ihren Brautschatz zurückzufordern; Stryck de Success. ab intestato. Diss. IV. cap. 2. §. 17., Struben a. a. O. Thl. IV. no. 32.

Zu 9) Ein gesetzlicher Grund, deswegen dem Rentengeber sein auf das Capital bereits erworbenes Recht wieder zu entziehen, läßt sich nicht auffinden. Im Preuß. Landr. Thl. I. Tit. 11. §. 635. wird dies wohl statuirt, allein schon bei der Redaction waren Mitglieder dagegen, Bornemann systemat. Darstellung d. Preuß. Rechts Bd. III. S. 262., Mittermaier a. a. O.

Zu 10) Der Leibrentenvertrag an sich gewährt, wenn nicht gewisse Cautionen dabei stipulirt sind, welche auch im Concurs des Rentengebers ihr Recht behaupten, nur ein persönliches Recht; es muß daher ein Capital ausgemittelt werden, dessen Zinsen der zu

zahlenden Rente gleichstehen, diese wird aber dann nach dem Verhältniß, in welchem die übrigen Chirographarschulden aus der Masse bezahlt werden, reducirt. Nach dem Erlöschen der Rente fällt das Capital an die Gläubiger, die dem Rentenbezieher zunächst locirt waren; Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. S. 83. §. 301. (209.), Danz zu Runde Bd. II. S. 331. u. Anm. f., Gründler Polemik Thl. II. S. 170. §. 340., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 118., Harpprecht D. jus contr. vitalitii in concursu creditor. §. 14. Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind übrigens verschieden. Manche statuiren dasselbe nur bei reinen obligationes dandi, dagegen bei solchen, welche wesentlich in faciendo bestehen, wohin sie die Stipulation der Kost, Pflege, und anderen Dienstleistungen rechnen, halten sie dafür, daß der Rentennehmer dann, weil solche nicht übertragbar sind, den Contract, welcher hier an ein eng persönliches Verhältniß und Vertrauen gebunden ist, aufzuheben und das Gegebene zurückzufordern berechtigt sey,*) Gmelin Ordn. d. Gläub. S. 42., Weishaar Handb. d. Würtemberg. Privatr. Thl. III. §. 1319., Dabelow v. Concurs d. Gläubiger S. 374. Andere räumen dem Besitzer der Rente wenigstens dann ein besseres Recht ein, wenn dem Leibrentenvertrag eine Modalschenkung zum Grunde liegt. Da nämlich könne ihm die Aufhebung des Vertrags und utilis rei vindicatio des Gegebenen, so weit es noch beim Schuldner vorhanden, nach l. 1. C. 8. 55. nicht verweigert werden. Diese sagt nämlich: Si doceas — nepti tuae ea lege donatum a te, ut certa tibi alimenta praeberet, vindicationem etiam in hoc casu utilem eo, quod legi illa obtemperare *noluerit,* impetrare potes, i. e. actionem, qua pristinum dominium tibi restituatur. Das noluerit paßt nun zwar nicht verbaliter, aber doch virtualiter auf unseren Fall, weshalb man nach einer billigen Auslegung den Fall des Nichtkönnens in dem Fall des Nichtwollens inbegriffen erachtet; Dabelow a. a. O., Gmelin a. a. O. S. 43.

---

*) Im Preußischen Recht stößt man hier auf einander entgegengesetzte Gesetzesauslegungen. Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 336. folgert aus der Allgem. Ger.=Ordn. Thl. I. Tit. 50. §. 39., daß durch den Concurs des Rentengebers „der Contract nicht für die Zukunft aufgehoben und die für die Rente gegebene etwa noch vorhandene Sache zurückgenommen werden könne." Dagegen Bielitz Comm. Bd. II. S. 605. unter Anführung der nämlichen Gesetzstelle lehrt: „da durch den Ausbruch des Concurses zu dem Vermögen des Leibrentenzahlers die fernere Erfüllung des Leibrenten=Contracts unmöglich wird, so leidet es keinen Zweifel, daß der Leibrentenkäufer in diesem Fall sein Capital zurückfordern kann.

[Gegen ein Vorzugsrecht erklären sich auch v. Gerber System §. 192. Anm. 3. und Rückert a. a. O. S. 43.]

Zu 11) Ob der Rentennehmer natürlichen oder gewaltsamen Todes gestorben ist, gilt gleich, doch läßt sich, was in mehreren Landrechten ausdrücklich verordnet ist, s. Preuß. Landr. Thl. I. Tit. 11. §. 619. u. v. Zeiller Comm. zum Oesterreich. Gesetzb. Bd. III. §. 1285. no. 3., daß nämlich vom Urheber des gewaltsamen Todes angemessener Ersatz geleistet werden müsse, auch gemeinrechtlich nicht bezweifeln. Bemerkenswerth ist, daß nach Code civil Art. 1982. die Leibrente nicht durch den Civiltod des Eigenthümers erlischt, sondern ihm sein ganzes natürliches Leben hindurch entrichtet werden muß.

Zu 12) Wenn die Modalschenkung durch Ueberlassung unbeweglicher Güter als Aequivalent der Rente bewirkt wird, so bringen ohnedies die meisten Landrechte die Nothwendigkeit gerichtlicher Perfection mit sich. Außerdem kann wohl die gerichtliche Insinuation um so weniger als durchgängiges Erforderniß zur Giltigkeit angesehen werden, als es nur uneigentlich Schenkung genannt wird, wenn der Schenkende sich zu seinem Vortheil gereichende Gegenleistungen bedingt, und es bei Eingehung des Leibrentenvertrags immer ungewiß seyn wird, ob und wie viel geschenkt werde, die Gesetze aber einen positiven Betrag von 500 solidis als Bedürfniß gerichtlicher Insinuation voraussetzen.

Viele Rechtsgelehrte sind überhaupt der Meinung, daß die für Schenkungen gegebene Vorschrift gerichtlicher Insinuation nicht auf negotia mixta, dergleichen die Modalschenkungen sind, l. 18. pr. D. 39. 5. auszudehnen seyen, wie denn allerdings bei Gesetzen, welche die bürgerliche Freiheit beschränken, der Grundsatz stricter Interpretation gelten muß. Gegen diese für Modalschenkungen von Mehreren statuirte Ausnahme, Mühlenbruch Lehrb. §. 445., Leyser Sp. 435. med. 3., Weishaar a. a. O. §. 1316., eifert nun zwar v. Savigny System Bd. IV. S. 103. Anm. m. sehr, weil dann durch Hinzufügung des unbedeutendsten modus die Schenkung der gesetzlichen Vorschrift entzogen werden könnte. Wenn man aber auch in der Regel die Modalschenkung nicht von der Insinuationsvorschrift ausnehmen will (s. oben Kap. I. des besond. Theils §. 254. z. A), so bleibt doch bezüglich des Leibrentenvertrags immer wahr, daß bei Schenkungen von einer nicht bestimmbaren Größe die gerichtliche Insinuation nicht gefordert werden könne; Voet Comm. ad Pand. Lib. XXXIX. tit. 5. no. 15—17. Sane si beneficium acceptum non satis commodam recipiat aestimationem, dum circa rem inaestimabilem —

magis est, ut quantaecunque donationis insinuatio haud requiratur. Dafür könnte vielleicht auch die von einer unbestimmten Größe handelnde l. 23. pr. D. 39. 5. angeführt werden: creditorem futuri temporis usuras et remittere et minuere pacto posse, nec in ea donatione ex summa quantitatis aliquid vitii incurrere. Bei Constituirung einer Leibrente, mit welcher eine Modalschenkung verknüpft ist, könnte also höchstens dann die gerichtliche Insinuation nöthig seyn, wenn schon bei der Errichtung sich bestimmt berechnen ließ, ob und wie viel dabei geschenkt sey.

Zu 13) Wenn die Rente in einem bestimmten Maß von Früchten besteht, so begründen Mißwachs und andere den Rentengeber betroffene Unglücksfälle keine Minderung, dagegen wenn die Rente in dem Früchtebezug eines gewissen Gutes besteht, das Maß durch den Ertrag bestimmt wird; Runde Rechtslehre v. d. Leibzucht ꝛc. Thl. II. §. 43.

Zu 14) Die Natur der Sache bringt es mit sich, daß nichts zurückgefordert werden kann, wenn der Rentennehmer nur den Anfang des Zeitraums erlebt hat, auf welchen er die Vorausbezahlung zu fordern hat, da die Leibrente zum Unterhalt des Rentennehmers bestimmt und dessen Verfügungsrecht darüber unbeschränkt war. So ist auch der Sinn des Oesterreich. Gesetzb. §. 1285., s. v. Zeiller Comm. Bd. III. S. 690. no. 2. Dasselbe bestimmt das Preuß. Landr. Thl. I. Tit. 16. §. 63., geht aber in Tit. 11. §. 649. noch weiter, indem es den Rentengeber zur Zahlung des ganzen Sterbejahrs verpflichtet, wenngleich der Todesfall schon zu Anfang desselben sich ereignet hätte.

Zu 15) Man stößt hier auf die bekannte Streitfrage, ob bei periodischen Leistungen durch Verjährung der einzelnen Präßtanden auch das Recht selbst oder nur jede einzelne Leistungsverbindlichkeit für sich erlösche? Mehrere nehmen an, daß auch das Recht selbst, tanquam uno spiritu cohaerens, mit erlösche; Boehmer Exerc. ad Pand. V. no. 85., Müller ad Leyser Obs. 449., Pufendorff Obs. I. §. 116. So ist in Sachsen gesetzlich bestimmt, daß wenn der Schuldner 30 Jahre lang gar keine Gefälle bezahlt hat, der Anspruch auf alle verjährt ist; Kori Theorie der Verj. S. 207. Anm. 579., Boehmer J. E. Pr. Vol. I. Lib. II. Tit. 26. §. 19. Dagegen wird gewöhnlich angenommen, wenn die periodischen Leistungen nicht eine blos accessorische Natur haben, so verjährt jede einzelne Präßtation von ihrer Verfallzeit an gerechnet, in 30 Jahren, l. 7. §. ult. D. 7. 39., die Klage auf das Hauptrecht aber nur dann, wenn nach ein=

gelegtem Widerspruch der Berechtigte sich die Verjährungszeit hindurch beruhigt hat; Kori a. a. O., Unterholzner Verjährungslehre Thl. II. S. 319. §. 260. Die Leibrentenforderung ist aber doch wohl nur als eine einzige ungetheilte zu betrachten, weshalb hier die Meinung den Vorzug zu verdienen scheint, daß durch 30jährige Nichteinforderung die Leibrente erlösche; Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 336. S. 851. d. 2. Ausg.

---

§. 286.

f) Hoffnungskauf. — Lotterie-Vertrag.*)

1) Darf die Lotteriedirection selbst mitspielen?
2) Berechtigt das bloße Inhaben eines Looses zu dem auf dasselbe fallenden Gewinn?
3) Kann die Lotteriedirection den Lotterieplan einseitig abändern? Ist sie auch zum Rücktritt befugt?
4) Sind die Handlungen der Collecteure für die Direction oder die Unternehmer der Lotterie verbindend?
5) Gegen wen hat der Einsetzer, auf dessen Loos ein Gewinn fiel, die Klage zu richten?
6) Hat der Lotterieeinnehmer aus dem Besitz des Trefferlooses die Vermuthung für sich, daß der Gewinn bereits bezahlt sey?
7) Wenn der Collecteur, nachdem der Spieler sein Loos in der folgenden Classe nicht renovirt hat, dasselbe für sich spielen läßt oder verkauft, ist dadurch der dem Spieler zur ersten Classe creditirte Preis als erlassen anzusehen?
8) Steht den Büchern der Collecteure das Vorrecht der Handelsbücher zu?
9) Inwiefern haftet die Direction für die Untercollecteure?
10) Hat die Direction Anspruch auf die Geschenke, welche von den Gewinnenden bei Auszahlung beträchtlicher Gewinnste den Collecteuren gewöhnlich übergeben werden?

---

*) D. i. derjenige Vertrag, durch welchen die Unternehmer dem Einsetzenden die Hoffnung verkaufen, einen nach dem Lotterieplan möglicherweise auf das von ihm gekaufte Loos fallenden Gewinn zu erwerben.

11) Ist der Kauf eines unverlangt übersandten Looses als stillschweigend geschlossen anzunehmen, wenn der Adressat das Loos behält?

12) Findet Amortisation verlorener Loose statt?

13) Wenn das Setzen in auswärtige Lotterien blos mit einer Geldstrafe belegt ist, fällt dann auch jeder Anspruch der Betheiligten an einander von selbst weg?

Zu 1) Für die verneinende Entscheidung ist anzuführen: G. J. Wagner Diss. de lottariae natura et propriet. Mogunt. 1714*), in Praxi findet aber dieselbe keine Unterstützung; Bender Die Lotterie (1. Aufl.), S. 41.

Zu 2) Wenn nicht der Lotterieplan speciell den Spieler zum Nachweis verpflichtet, daß er rechtmäßiger alleiniger Eigenthümer des Looses sey, so kann man wohl nicht der von Wildvogel Diss. de eo, quod justum est circa Lotterias Jen. 1718. th. 33. aufgestellten Behauptung beistimmen, daß der Vorzeiger eines gewinnenden Looses den Titel und Grund seines Besitzes anzugeben habe, was bei keiner auf den Inhaber lautenden Schuldurkunde gefordert werden kann, vielmehr gilt der Lotteriedirection gegenüber das Loos als Vertragsurkunde und Einsatzquittung zugleich. Es kann sogar executivisch aus

---

*) Zur Literatur dieser Materie ist übrigens zu bemerken: J. L. Neubert Spielvertrag, Lotterie, Ausspielgeschäft nach gemeinem u. Sächs. Recht dargestellt 2. Aufl. Leipz. 1838. — Der Ausspiel- und Lotterievertrag dargestellt von einem prakt. Juristen Leipz. 1833., J. L. Eckard das Lottorecht Coburg 1787., J. G. Beschorner Diss. quaestiones nonnullas ad jus Lottariarum pertinentes sistens. Pr. Haubold. Dresd. 1806., Pütter auserles. Rechtsf. Bd. IV. Resp. 358. über die Verbindlichkeit einer Stadt aus einer daselbst bewilligten Lotterie. — Schlüter u. Wallis jurist. Zeitung f. d. Königr. Hannover Bd. III. H. 2. S. 8. Ueber die Verantwortlichkeit des Collecteurs, für die Subcollecteure zu haften das. Bd. II. S. 74. Ueber die Verantwortlichkeit der Lotteriedirectionen das. Bd. IV. H. 2. S. 74. 186. Bd. V. H. 2. S 59. Ob das einem Lotterie-Collecteur gesetzlich entzogene Klagrecht durch freiwillige Renunciation und Zahlungsversprechen des Betheiligten wirksam gemacht werden könne, ebend. Jahrg. IV. S. 93. 186. Jahrg. V. S. 52., Kurz Beantwortung einiger Rechtsfragen über die Folgen der unaufgefordert bewirkten Zusendung von Loosen nicht verbotener Lotterien S. 11. — Rechtsfall, die Zurückforderung der Einlagen bei nicht zu Stande gekommenem Lotterie-Ausspielungsgeschäft, Elvers u. Bender allgem. jurist. Zeitung Bd. I. S. 445. — Bender Die Lotterie. Beilageheft zum 15. Bde. des Arch. f. d. civilist. Praxis. Heidelb. 1832. [2. Aufl. 1841.]

einem Lotteriebillet geklagt werden, und der bloße Besitz berechtigt so lange zum Bezug des Gewinns, als nicht der wahre Eigenthümer des Looses den Inhaber als unredlichen Besitzer darzustellen vermag, v. Bülow u. Hagemann prakt. Erört. Bd. V. no. 28., Struben rechtl. Bed. Th. V. S. 70. Nur einem Collecteur gegenüber, von dem der Spieler das Loos bekommen hat, leidet dieser Satz eine Modification, insofern die Collecteure zuweilen den Spielern Credit geben, oder auch Loose zugleich mit ihren Offerten aussenden, deren Annahme von Seiten des Empfängers noch nicht feststeht; Glück Thl. XI. S. 359. u. 366., Bender a. a. O. S. 80. u. 126., Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. S. 78. Der Besitzer des Looses müßte daher dem Collecteur die geleistete Zahlung oder erhaltene Creditgebung beweisen, welche letztere zwar nicht vermuthet, aber durch die begleitenden Umstände constatirt werden kann; Bender a. a. O. S. 128. u. 151., v. Bülow u. Hagemann a. a. O. Bd. V. §. 7. S. 135.

Zu 3) Daß eine einseitige Abänderung des Lotterieplans der Lotteriedirection nicht zustehe, kann zwar von Niemandem bezweifelt werden, ob aber, wie Bender a. a. O. S. 73. dafür hält, eine solche einseitig begonnene Abänderung dadurch zu einer zweiseitigen gemacht werden könne, daß die Lotteriedirection die vorhandene Abänderung öffentlich bekannt macht, mit der Aufforderung an die ihr selbst unbekannten Loosbesitzer, binnen einer gesetzten Frist ihren allenfallsigen Widerspruch zu erklären, außerdem sie als einwilligend angenommen würden, möchte wohl gleichfalls zu verneinen seyn, da man der Direction kaum das Recht vindiciren kann, solche Präjudize zu setzen, welche vielen answärts zerstreuten Loosbesitzern auf diese Weise nicht einmal sicher zur Kenntniß kommen können.

Wenn die Lotteriedirection die planmäßige Anzahl von Loosen bis zu dem bestimmten Ziehungstermine nicht hat absetzen können, und die unverkauften Loose nicht für eigene Rechnung übernehmen will, so können die Interessenten ihren Einsatz mit Zinsen zurückfordern. Eben diese Verbindlichkeit tritt ein, wenn die Ziehung der letzteren Classen wegen unterbliebener Renovation der Loose nicht vor sich gehen konnte, und die Direction zu zeigen vermag, daß sie aus den vorherigen Classen keine Gelder mehr unter sich, sondern vielmehr solche durch die in den gezogenen Classen gefallenen Gewinne bereits unter die Interessenten gehörig vertheilt habe; Schorch neue Samml. auserlesener Gutachten 2c. no. 21., v. Bülow u. Hagemann Erörter. Bd. V. S. 134.

Zu 4) Ohne Zweifel muß diese Frage nach den Grundsätzen des Mandatsvertrags entschieden werden, denn wenn auch das Verhältniß zwischen der Lotteriedirection und den Collecteuren möglicherweise in einem Trödelvertrag bestehen kann, Hagemann a. a. O. Bd. V. no. 28. §. 3., Mittermaier a. a. O. Bd. II. S. 79., so erscheinen doch die Collecteure den Spielern gegenüber immer als die Geschäftsträger oder Bevollmächtigten der Lotteriedirection, indem die Einsetzer nicht mit dem Collecteur, sondern mit der Lotteriedirection das Spiel eingehen; Gründler Polemik d. germ. R. Bd. II. S. 155. §. 332a., Glück Thl. XI. S. 360. Entweder sind nun die Bedingungen, unter welchen der Collecteur angestellt ist, und die Grenzen seiner Function in dem Plan oder durch Avertissement bekannt gemacht, dann sind diese auch von den Spielern als Conventionalgesetze zu befolgen, oder es fehlt an einer solchen Bekanntmachung, dann hat die Direction für Alles einzustehen, was tacite in mandato enthalten ist, l. 46. D. 17. 1. — l. 21. C. 4. 35., Struben rechtl. Bed. Th. V. no. 38., Hagemann a. a. O. Bd. V. S. 133., und wird durch den von ihr angestellten Collecteur dergestalt verpflichtet, daß sie Beschränkungen, welche nicht aus der Natur des Lotteriegeschäfts und des bekannt gemachten Planes fließen, keineswegs geltend machen kann, Mittermaier a. a. O. Bd. II. S. 79., Hagemann a. a. O. S. 133., Thibaut System §. 529. (Ed. 8.). Unzweifelhaft ist die Direction auch für unerlaubte Handlungen des Collecteurs verantwortlich, wenn dieser die empfangenen Einsätze oder die gehobenen Gewinne verschleudert und nicht abliefert; Glück a. a. O. S. 362., Gründler a. a. O. Bd. II. §. 332b., Hommel Rhaps. obs. 421., Bender a. a. O. §. 27. Hat aber der Inhaber echter Original-Loose dieselben von einem Dritten, welcher sie vom Collecteur durch einen Betrug an sich gebracht hat, gekauft, so steht die Direction nur dann demselben für die darauf gefallenen Gewinnste, wenn dem Collecteur dabei eine Schuld beizumessen ist; Struben a. a. O. Thl. IV. no. 160. Thl. V. no. 38.

Von den im Lotterieplan ausdrücklich enthaltenen Beschränkungen der Haftung der Direction für die von den Collecteurs begangenen Fehler ist vornehmlich zu bemerken, daß bei dem Lotto gewöhnlich die Einrichtung besteht, daß jedes Spiel zuerst in die Originalliste und dann gleichlautend in den mit dieser zusammenhängenden und davon getrennt dem Spieler zu behändigenden Spielzettel eingetragen werden muß, dem Spieler selbst aber zur Pflicht gemacht wird, auf die genaue Uebereinstimmung Obacht zu nehmen, indem die Lottodirection

sich nur nach der Originalliste richtet. Schreibt daher ein Collecteur den Spieler in sein Register unrichtig ein, so daß zwischen der Eintragung und dem Lottozettel Verschiedenheit stattfindet, so steht die Lottodirection für einen abweichenden Inhalt des Letzteren nicht ein, dabei bleibt aber dem Spieler sein Entschädigungsanspruch gegen den Collecteur unbenommen, vielmehr haftet Letzterer jedenfalls dem Spieler für jeden Spielzettel, der von seinem Comptoir ausgegangen ist; Bender a. a. O. S. 118. Anm. 9., Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. II. S. 353. Eine vorzugsweise Befriedigung aus der Dienstes-Caution des Collecteurs für seine gegen diesen gerichtete Entschädigungsforderung kann der Beschädigte nicht fordern, weil diese nur die Sicherung des Staats und nicht Dritter zum Gegenstand hat; Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XX. S. 397. und das dort angeführte Erk. d. O.-A.-G. zu München.

Zu 5) Insoweit nicht der Lotterieplan abweichende Bestimmungen enthält, muß man das Klagrecht des Spielers gegen die Direction unmittelbar, nicht minder als gegen den Collecteur*), anerkennen.

---

*) [In Betreff der Frage, ob der Collecteur hafte, erklärte das O.-A.-G. zu Dresden: „Nach dem Sächs. Lotterieplane, der übrigens im Wesentlichen nichts Anderes enthält, als was in Ansehung der rechtlichen Stellung der beim Lotteriespiele betheiligten Organe unter sich, wie den Spielern gegenüber, nach der Natur des Lotteriegeschäfts, gemeinrechtlich gilt — Bender §. 26. 27. 45. — ist die in voriger Instanz ausführlicher entwickelte Ansicht eine ganz richtige, daß der Hauptcollecteur der Direction gegenüber in Ansehung der von ihm entweder selbst oder durch Vermittelung seiner Untercollecteure abgeschlossenen Verträge die Stellung eines Institors annimmt. Als solcher haftet derselbe an und für sich, betrachtet dem Abnehmer eines Looses rücksichtlich der aus dem Vertrage sich ergebenden rechtlichen Folgen, soweit er innerhalb der Grenzen der lex praepositionis gehandelt hat, nicht persönlich, am wenigsten mit seinem eigenen Vermögen. Vielmehr ist es regelmäßig nur die Direction und in deren Vertretung der Staatsfiskus, gegen den der Spieler zu klagen hat, er müßte denn ausnahmsweise darauf sich beziehen können, daß der Collecteur zur Lotteriecasse gehörige Gelder in seinen Händen habe, welchenfalls eine Klagerhebung auch gegen den Collecteur nicht gerade ausgeschlossen seyn würde, d. h. dahin, daß er aus den in seinen Händen befindlichen Mitteln der Lotteriecasse Zahlung zu leisten habe." Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. XXII. S. 340. Vorstehende Ansicht ist sehr einzuschränken. Sehen wir von der Eigenschaft der Lotterieloose als auf Inhaber lautender Papiere ab, so können die Collecteure als Institoren angesehen werden, doch ist zu berücksichtigen, daß sie nicht zum Geschäftspersonal der Direction gehören, oder als Vorsteher von Commanditen der Direction gelten, sondern regelmäßig selbständige Firmen haben. Sind die Lotterieloose Inhaberpapiere, so tragen sie im Verkehr den Character der Waare (s. Kuntze Lehre v. d. Inhaberpap. §. 119. S. 533.), und solchenfalls

Denn wenn auch von einem Collecteur gekauft wird, so bleibt doch die Direction vermöge ihrer Unterschrift des Looses als der Vertragsurkunde für alle planmäßigen Spielverträge eigentliche Contrahentin. Wer bei dieser emtio spei Loose nimmt, kauft seine spem von demjenigen, welcher die Lotterie anordnet, und nicht von denjenigen, welche dieser zur Ausrichtung zu Hilfe nimmt. Die freie Wahl des Klägers wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß es im Avertissement heißt: „14 Tage nach der Ziehung sollen die Gewinne von demjenigen, bei welchem das Loos genommen, gegen Einlieferung des Originallooses ausgezahlt werden." Denn daraus, daß die Collecteure zur Zahlung angewiesen sind, folgt nicht, daß nur sie in Anspruch genommen werden können, wenn die Zahlung nicht erfolgt; Struben a. a. O. Thl. IV. no. 160., Bender a. a. O. §. 26., Mittermaier a. a. O. Bd. II. S. 79. no. 7., Glück Thl. XI. S. 366., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 326. Freilich aber muß der Gewinner, um die Lotteriedirection zur Zahlung anhalten zu können, sich noch im Besitz des Looses befinden. Hat er dieses dem Collecteur schon ausgehändigt, in Hoffnug, von diesem den Gewinn zu erhalten, und dieser läßt ihn nun vergebens auf denselben harren, so geht dies auf seine Gefahr. Nur dann würde die Lotteriedirection haftbar bleiben, die dem Collecteur schon verabfolgte Gewinnstsumme sogar zum zweiten Mal an den Gewinner selbst auszuzahlen, wenn ihr Avertissement dahin verlauten würde, daß die Gewinner das Originalloos an die Direction entweder unmittelbar oder durch die Hand des Collecteurs einzusenden haben, um das Geld hernach zu empfangen; Schmidt hinterl. Abhandl. versch. prakt. Rechtsmaterien Bd. I. S. 205. Daher kann

Zu 6) der Collecteur aus dem Besitz des Trefferlooses keine Rechtsvermuthung für sich begründen, daß der Gewinn von ihm bereits bezahlt sey. Man kann die Vermuthung, welche der Besitz des Schuldscheins für den Schuldner bewirkt, umsoweniger hierher ziehen, als ja der Collecteur nicht eigentlich der Schuldner, sondern nur Mittelsperson ist, und mancherlei Ursachen denkbar sind, unter welchen sich der Gewinner dieser Mittelsperson anvertraut hat; Bender d. Lotterie §. 37., Mittermaier a. a. O. S. 79.

Zu 7) Wenn bei der Classenlotterie der Spieler die Renovation seines Looses für die folgende Classe unterläßt, so folgt daraus klar, daß er seiner Ansprüche an das gespielte Loos verlustig wird. Jede

---

kann der Collecteur nur als Trödler oder stellvertretender Veräußerer in Betracht kommen, und keine andere Haftung ihm obliegen, als die für Aechtheit des Papiers.]

Classe erfordert einen neuen Contract, und so wenig der Spieler für eine folgende Classe von selbst verbindlich wird, ebensowenig ist die Lotteriedirection verbunden, ihm die Loose zu jeder neuen Classe zuzusenden; Hagemann prakt. Erörter. Bd. V. S. 136. §. 8. Der Collecteur kann daher das nicht renovirte Loos für sich spielen lassen, oder verkaufen, ohne daß man annehmen kann, daß er dadurch dem Spieler zur ersten Classe, dem er creditirte, den Preis des Looses erlassen habe; Mittermaier a. a. O. Bd. II. S. 79., Schwarze in d. Zeitschr. f. Rechtspflege in Sachsen Bd. III. S. 83.*)

Zu 8) Die meisten Rechtsgelehrten entscheiden verneinend, selbst wenn der Collecteur zufällig ein Kaufmann ist, denn Nebengeschäfte, welche ein Kaufmann treibt, werden dadurch keine Handelsgeschäfte; Mittermaier a. a. O. S. 80., Gründler Polemik Bd. II. S. 335., Bender a. a. O. §. 40. Doch sind manche Schriftsteller unbedingt für die Anwendbarkeit des Privilegs der Handelsbücher, Eckhart das Lottorecht Kap. V. §. 4., und Andere insoweit, als ein Hauptcollecteur gegen seinen Untercollecteur daraus Beweis führen will. Dafür sprechen auch hie und da Statuten; Trummer im Hamburg. Archiv f. d. Handelsr. Bd. II. S. 432.

Zu 9) Ein Grund der Verbindlichkeit von Seite der Direction, für einen Untercollecteur zu haften, mit welchem sie in keinem Contractsverhältniß steht, kann nur insofern entstehen, als sie durch Annahme der von demselben eingesammelten Einsätze, oder sonst dessen Handlungen sich angeeignet, oder dem Hauptcollecteur Substitutionsbefugniß ertheilt hat; Glück Thl. XI. S. 361., Bender a. a. O. §. 27., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 326.

Zu 10) Solche gehören den Collecteuren; Glück a. a. O. S. 363., Struben a. a. O. Th. IV. no. 173., Hagemann a. a. O. Bd. V. no. 28. §. 4., Danz zu Runde Bd. II. S. 314.

Zu 11) Mehrere Rechtsgelehrte behaupten zwar, daß der Kauf eines Lotterieloses stillschweigend von Seite desjenigen anzunehmen sey, welcher unverlangt gesandte Loose annimmt und bei sich behält; Glück Thl. XI. S. 363., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. II. no. 46. Der Hauptgrund für diese Meinung ist: indem der Empfänger eine Sache behalte, deren Besitz ihm möglicher Weise

*) So erkannte auch das O.-A.-G. zu Celle, s. v. Rüling Entscheid. no. 53., mit folgendem Beisatz: „wenn aber Socii unter sich Loose nehmen, und einer von ihnen nachsetzt, so wird die Präsumtion für die Dauer der Societät bis zur erwiesenen Aufkündigung angenommen.

einen erheblichen Vortheil verspricht, weil die Direction nur an den Vorzeiger und Abgeber eines Original-Trefferlooses Zahlung leistet, müsse er auch im umgekehrten Fall den Nachtheil der Niete umsomehr übernehmen, als er durch sein Behalten des Looses den Offerenten verhindere, die nicht verkauften oder nicht renovirten Loose vor der Ziehung an die Direction zurückzusenden, und indem er mittels seines Schweigens Rechte erlange, könne nicht im umgekehrten Fall statuirt werden, daß der Offerent das leere Nachsehen haben solle. Allein man muß den Vordersatz in Abrede stellen, daß aus dem bloßen Innehaben des Looses schon das Recht auf einen planmäßigen Treffer für denjenigen, welcher das Loos sich aneignen zu wollen nicht erklärt hat, erworben werde. Deshalb kann also auch keine Verbindlichkeit für ihn erwachsen. Es ist auch lediglich die eigene Schuld des Collecteurs, welcher, indem er unverlangte Loose aussendet, sich dadurch in die Gefahr setzt, sie nicht vor der Ziehung an die Direction zurücksenden zu können. Es liegt indessen auch die Entfernung dieser Gefahr in seiner Macht, indem er die Direction von der nicht erfolgten Zurückkunft dieser Loose in Kenntniß setzen, sie in öffentlichen Blättern reclamiren und vor deren Ankauf warnen kann. Es steht nun einmal fest, daß einseitig Niemandem eine Verbindlichkeit auferlegt werden kann. Wer schweigt, bejaht nicht, und verneint nicht; l. 142. D. 50. 17. Es muß daher immer erst eine concludente Handlung*) hinzukommen; Goetz Beitr. zur populären Rechtsgelehrsamkeit Bd. II. no. 26., Gründler Polemik d. germ. R. Bd. II. §. 333., Bender die Lotterie §. 14., wo viele Erkenntnisse für die Nichtverbindlichkeit aus dem Behalten unverlangter Loose angeführt sind, Schorch neue Samml. auserlesener Gutachten und Urtheilssprüche no. 21. qu. 4. no. 27., Lange vom Ausspielgeschäft §. 43.

Zu 12) Nach Inhalt der Lotteriepläne ist die Direction gewöhnlich zur Annahme einer Quittung oder eines Mortificationsscheins so wenig als zur Anerkennung eines Mortificationserkenntnisses verbunden, welches ihr zur Pflicht machen wollte, sofort nach Eintritt der Ziehungszeit an den Nichtbesitzer des Looses Zahlung zu leisten. Es ist aber das Mortificationsverfahren durch die Bestimmung einer mäßigen Verjährungszeit in den Lotterieplänen gewöhnlich überflüssig

---

*) Z. B. Pfeiffer neue Samml. bemerkensw. Entscheid. des O.-A.-G. zu Cassel Bd. III. no. 29. „Hat der Collecteur auf die Briefe des Käufers des Looses, worin derselbe um Creditirung des Kaufpreises bat, nicht geantwortet, so ist anzunehmen, daß er stillschweigend creditirt habe.“

gemacht. In diesen wird nämlich derjenige, welcher ein Lotterieloos verloren hat, angewiesen, davon alsbald bei Collecteur und Direction Anzeige zu machen, welche den Verlust anmerken und öffentlich anzeigen. Meldet sich nun bis zum Ablauf der planmäßigen Verjährungszeit kein dritter Besitzer, so leistet alsdann die Direction dem Verlustanzeiger Zahlung.

Zu 13) Es fehlt nicht an Rechtsgelehrten, welche behaupten, daß das Geschäft demungeachtet unter den Contrahenten Verbindlichkeiten erzeuge, wenn das Gesetz die Handlung nicht zugleich für nichtig erklärt; Voet Comm. ad Pand. Lib. I. tit. 3. §. 16.: Nec ipso jure nulla sunt contra leges gesta, si lex poena in contravenientes statuta contenta sit. Vinnius sel. Quaest. Lib. I. cap. 1., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 210. pag. 165., deren Meinung jedoch gewöhnlich l. 5. C. 1. 14. — l. 7. §. 16. D. 2. 14. entgegengestellt wird, und auch wohl als Regel gelten mag. Wir haben aber bereits oben im allg. Thl. Kap. V. §. 238. Fr. 8. darauf aufmerksam gemacht, daß es auch Gesetze rein finanzieller Natur gibt, welche eine ausnahmsweise Beurtheilung zulassen, und gerade solche sind es gewöhnlich, welche bei unserer gegenwärtigen Frage in Betracht kommen. Außer dem dort von uns angeführten Judicat des O.-A.-G. zu München ist hier auch eine im Archiv für Civil- und Criminalrecht d. K. Preuß. Rheinprovinzen Bd. VII. S. 76. befindliche Entscheidung bemerkenswerth: „Wer den auf das Loos eines Andern gefallenen Gewinn unrechtmäßig erhoben hat, kann sich gegen die Herausgabe desselben nicht mit der Einrede schützen, daß das Spielen in auswärtigen Lotterien verboten, und jede Klage aus einer solchen Handlung unzulässig sey." Verschiedene Judicate s. Kritz Samml. v. Rechtsfällen Bd. I. S. 168.

---

§. 287.

g) Ausspielgeschäft.*)

1) Wer hat bis zum wirklichen Ausspielen die Gefahr zu tragen?
2) Kann der Ausspielende vom Geschäft zurücktreten, wenn er

---

*) Ueber die Natur dieses Vertrages sind die Ansichten verschieden. Mehrere betrachten ihn als einen Hoffnungskauf, was er aber eigentlich nicht ist, denn nur dann kann ich sagen, daß mir Jemand eine Hoffnung verkauft habe, wenn

nicht genug Abnehmer für die bestimmte Anzahl von Loosen findet?

3) Ist der Ausspielende verantwortlich, wenn die auszuspielende Sache betrügerisch zu hoch taxirt ist, und ist insbesondere eine Beschwerde wegen Verletzung über die Hälfte zulässig?

Zu 1) Der Ausspielende trägt die Gefahr und muß daher, wenn die Sache vorher zu Grunde geht, die erhaltenen Einsätze zurückgeben, s. Unterholzner a. a. O., Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II.

---

seine eigene Hoffnung auf eine Sache das Ganze ist, was er mir zu übertragen versprochen hat; cf. Grolmann Versuch einer Entwickelung der rechtl. Natur des Ausspielgeschäfts S. 34., Gründler Polemik d. germ. R. Bd. II. §. 331., Lang Rechtslehre des Ausspielgeschäfts §. 13. Auch die Vorstellung eines bedingten Kaufs ist nicht haltbar, denn derjenige, welcher eine Sache ausspielen läßt, veräußert sie unbedingt, das Bedingte der Erwerbung liegt nur in der Natur des von den Erwerbslustigen unter sich getriebenen Spiels, Glück Thl. XI. S. 371., welches man dann wohl mit Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 291. einen Glückskauf nennen mag. Es scheint übrigens auch nicht nöthig, mit Grolmann a. a. O. S. 45., dessen Ansichten Glück a. a. O. fast wörtlich wiedergibt, ein doppeltes Geschäft zu unterstellen, ein vorbereitendes, nämlich einen Vertrag, durch welchen eine Gemeinschaft unter den Spielern bewirkt werde, zum Zwecke, die Sache der zum Ausspielen vereinigten Gesellschaft zu erwerben, und das eigentliche Spielgeschäft, als ein unter den Spielern eingegangener Vertrag, wodurch jene bereits von Allen vorbereitete Erwerbung für den Sieger vom Spiel abhängig gemacht werde. Es ist gewiß, wie Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 327 bemerkt, eine irrige Vorstellung, die Schließung einer Gemeinschaft unter den sich meistens gänzlich unbekannten Spielern — sie als gemeinschaftliche Käufer betrachtend — zu unterstellen. Diese Personen errichten keine Gemeinschaft, nicht die Gesammtheit aller Einsetzenden bildet den Käufer, sondern jeder Einzelne ist Käufer für sich. Zwei — jedoch ganz getrennte — Geschäfte finden sich nicht im gewöhnlichen Ausspielgeschäft, sondern nur dann, wenn Mehrere eine oder mehrere Sachen gemeinschaftlich kaufen, und dann durch das Loos zutheilen. – Der Ausspielvertrag ist ein besonderes Rechtsgeschäft, wodurch Jemand eine Sache gegen eine bestimmte Geldsumme weggibt, aber so, daß es dem Zufall überlassen wird, wer sie haben soll, wogegen diejenigen, welche die Hoffnung theilen wollen, einen bestimmten Einsatz zu entrichten haben; bis zum wirklichen Ausspielen trägt daher der Ausspielende die Gefahr, indem er, wenn die Sache vorher zu Grunde geht, die Einsätze zurückgeben muß, s. Unterholzner a. a. O. S. 291., vgl. Neubert der Spielvertrag, Lotterie, Ausspielgeschäft. Leipzig 1838. [Vergl. dazu oben §. 211. S. 39. des 3. Bds.]

S. 77. §. 299. Wenn nach Grolmann a. a. O. die Spielenden die Gefahr tragen sollen, so beruht dies auf der unrichtigen Ansicht, daß der Kauf von Seite der Spieler schon vor der wirklichen Ausspielung perfect sey, allein dies läßt sich, so lange man noch gar nicht den Käufer weiß, ebensowenig behaupten, als bei der Subhastation der Verkauf schon während des Licitirens perfect ist.

Zu 2) Von selbst versteht sich die Befugniß zum Rücktritt nicht, der Ausspielende kann sich aber denselben ausdrücklich bedingen; Unterholzner a. a. O., Mittermaier a. a. O. Außerdem muß er zu der bestimmten Zeit die Ausspielung vornehmen, er mag nun die bestimmte Anzahl von Loosen abgesetzt haben oder nicht; Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 327.

Zu 3) Das Rechtsverhältniß des Ausspielenden ist in allen Beziehungen eben dasselbe, wie bei jedem anderen Verkäufer, daher Unterholzner auch diese Frage bejaht, obgleich Koch a. a. O. in Ansehung des Einwands der laesio enormis eine Ausnahme von den Grundsätzen des Kaufvertrags statuirt, für welche er gleichwohl keinen Grund angibt. Dürfte man das Ausspielgeschäft als eine emtio spei ansehen, so wäre allerdings hier eine Ausnahme von der Zulässigkeit der exc. laes. enorm. bei allen onerosen Geschäften gesetzlich begründet; indem wir aber dieser Ansicht nicht beistimmen zu können glauben, kommt nur Folgendes in Betracht: nach R. R. steht dem Käufer — also hier dem Gewinner — die exc. laes. enorm. überhaupt nicht zu, sondern nur dem Verkäufer, ob aber der im reinen Kauf dem R. R. entgegenstehende gemeine Gerichtsbrauch auch bei dem Ausspielgeschäft in seiner singulären Natur Geltung erlangt habe, dürfte zu bezweifeln seyn.

---

§. 288.

h) Altentheils-Vertrag [Leibzucht, Leibgeding, Auszug*)].

1) Begründet der Altentheils-Vertrag ein dingliches Verhältniß auf dem mit Vorbehalt der Leibzucht oder des Altentheils abgetretenen Gut? Ist ein Besitznachfolger im Gut auch für die rückständig gebliebenen Leistungen verbunden?

---

*) [Das Institut wird auch als bäuerlicher oder älterlicher Gutsanschlag (reservatum rusticum) bezeichnet].

2) Wenn für Mann oder Frau die Leibzucht bestellt wird, und eines von Beiden stirbt, wächst dann der vacant gewordene Theil dem überlebenden Gatten zu?

2a) Wenn der Ehefrau ein wirkliches Witthum in Form eines Leibzuchtsvorbehalts constituirt ist, so fragt sich, ob sie gegen Beziehung des Witthums den inferirten Brautschatz in dem Gute lassen müsse? ob nämlich die Parömie: Leibgut schwindet Hauptgut, hier Anwendung finde?

3) Kann der Leibzüchter sein Recht auch einem Andern abtreten?

4) Kann er, wenn er sich wieder verheirathet, seine Ehefrau an dem Genuß der Leibzuchts-Reichnisse Theil nehmen lassen? oder auch Personen aufnehmen, deren er zu seiner Pflege bedarf, oder denen er Alimente zu reichen schuldig ist?

5) Berechtigen Mißwachs oder ähnliche Unfälle den Gutsübernehmer zu einer Minderung der Leibzucht?

6) Geht das Recht auf die Leibzucht durch strafbare Handlungen verloren?

7) Wenn der freie Einsitz vorbehalten worden, kann darunter blos Wohnung und Obdach verstanden werden?

8) Findet gegen einen onerosen Contract, bei welchem eine Leibzucht vorbehalten worden, auch eine Beschwerde wegen enormer Verletzung statt? auch eine Inofficiositätsklage?

9) Was ist in Ansehung der Zeit, des Orts und der Qualität der Leistung zu beobachten?

10) Hat der Auszugsberechtigte auch die Unterhaltungskosten der zur Benutzung erhaltenen Sache zu bestreiten?

11) Wie ist der in den Pflichttheil einzurechnende Werth der Leibzucht zu berechnen?

12) Hat der Auszügler ein Widerspruchsrecht gegen Dismembration des mit der Leibzucht belasteten Guts?

13) Ist der Vorkauf und Retract bei der Gutsübergabe mit Altentheil ausgeschlossen?

14) Wenn dem Auszügler gewisse Gegenstände zu Genuß überlassen sind, diese aber durch Zufall zu Grunde gehen, ist dann der Gutsübernehmer verbunden, sie anderweit zu surrogiren?

15) Erlischt das Auszugsrecht durch Subhastation des Guts?

16) Ist die bei der Gutsabtretung den Miterben ausgesetzte Abfindung als Aequivalent ihrer Erbantheile anzusehen?

17) [Genießt der Auszug ein Vorzugsrecht im Concurs?]

18) [Ist der Gutsübernehmer verbunden die Schulden des Abtretenden zu bezahlen?]

19) [Kann ein Gutsanschlagsvertrag vom Abtretenden wegen Undankbarkeit des Bedachten widerrufen werden?]

20) [Ist auch der Vorbehalt eines Nothpfennigs als Reallast aufzufassen?]

Zu 1) Was sich der Gutsübergebende im Altentheilsvertrag*) an seinem zuvor gehabten Gutseigenthum noch vorbehält, kann wohl nicht

*) D. i. der Vertrag, durch welchen der Gutsübernehmer sich zu gewissen fortdauernden Leistungen Behufs der lebenslänglichen Erhaltung, Versorgung und Verpflegung des Gutsübergebers verpflichtet; Mittermaier deutsch. Privatr. §. 291. (199.) Budbeus in Weiske's Rechtslex. Bd. I. S. 518. Bemerkenswerth ist, daß nach des Vaters Tod auch die Mutter, wenn sie entweder Miteigenthümerin des Guts oder auch nur Vormünderin der Kinder ist, das Gut einem der Kinder nach ihrer Wahl mittels eines angemessenen Werthsanschlags übergeben kann; Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. IV. S. 130. Die Prästationen an den Austrägler sind nicht als Zinsen eines Capitals anzusehen, und können daher auch mit Verzugszinsen gefordert werden; Budbeus a. a. O. S. 522. Unwiderruflichkeit ist der Charakter dieses wie jedes anderen Vertrags, daher wegen nicht gehöriger Leistung der Auszugs-Prästationen die Revocation in der Regel nur dann statt hat, wenn dieselbe ausdrücklich bedungen war. Ausnahmsweise finden aber die römisch-rechtlichen Grundsätze über Modalschenkung und Widerruflichkeit wegen Undanks Anwendung, wenn die Gutsabtretung unter dem lucrativen Titel einer Schenkung geschah, welche nur durch die angehängte Zweckbestimmung einer zu leistenden Leibzucht modificirt ist; Pfeiffer a. a. O. §. 17., Budbeus a. a. O. S. 537. — Zuweilen geschieht eine solche Gutsabtretung der Eltern an ein Kind auch mit der Verabredung eines gemeinschaftlichen Haushalts, man darf aber deshalb doch nicht den Rechtsbegriff eines Societätsvertrags unterstellen, weil eine solche Verabredung nicht als etwas Selbständiges, sondern als integrirender Theil des eigenthümlich deutschen, nicht wie die Societät einer einseitigen Aufkündigung unterworfenen Vertrags anzusehen ist; s. Strippelmann Samml. bemerkensw. Entscheid. des O.-A.-G. zu Cassel Thl. II. no. 2.

[Volley über Vermögensübergaben und Gutsabtretungen (1844) sagt im Vorwort, es gäbe keine Art von Rechtsgeschäften der willkürlichen Gerichtsbarkeit, welche häufiger vorkämen, an sich und in ihren Folgen wichtiger seyen, und wobei zugleich schwierigere und zweifelhaftere Fragen einträten, als die auf den bäuerlichen Gutsanschlag bezüglichen. Dieses Rechtsinstitut ist eine reiche Quelle von Processen, die Theorie schwankt, und die Gesetzgebung ist spärlich. — Büff (im hess. Arch. f. prakt. Rechtswiss. IX. S. 267.) charakterisirt es so: „Das Gut gehört nach alter deutscher Rechtsanschauung nicht, wie im Röm. Recht, dem Individuum als dominium, sondern ist in der Gewere der Familie,

anders als in der Eigenschaft eines dinglichen Rechts aufgefaßt werden, freilich aber formell abhängig von den für Constituirung dinglicher Rechte in den Landesgesetzen enthaltenen besonderen Vorschriften. In mehreren Landesordnungen und auch von mehreren Germanisten werden solche Ausgedinge zwar den deutschrechtlichen Reallasten beigezählt, von Vielen aber auch nicht. Nach Bayer. Recht insonderheit erlangen sie erst durch Eintragung in das Hypothekenbuch die Eigenschaft eines dinglichen Rechts und werden den Hypotheken zugerechnet. Diese Eintragung soll zwar sogar ex officio geschehen, aber wenn sie nicht verlangt, und nicht unaufgefordert geschehen ist, so haftet der Hypothekenbeamte nach §. 97. u. 100. des Hyp. Ges. nicht; vergl. Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XII. S. 12. Für die Eigenschaft einer deutschrechtl. Reallast sprechen übrigens im Königreich Sachsen eine Bekanntmachung v. 2. O. 1839 in der Gesetzsamml. S. 277., Präjudicien d. O.-A.-G. zu Celle, s. dessen Erkenntnisse gesammelt von Rüling no. 57., zu Darmstadt s. Zeitschr. f. deutsch. Recht. Bd. V. S. 367., zu Cassel s. Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. IV. S. 139. u. 193. Bd. VIII. S. 309. §. 4., Phillips deutsch. Privatr. Bd. I. §. 267., Brackenhöft im Rechtslex. Bd. V. S. 777., Albrecht üb. die Gewere S. 182., Koken die rechtl. Grundideen d. deutsch. Colonats S. 72. [u. die von Bopp im hess. Arch. f. prakt. Rechtswiss. Bd. IV. S. 271. angeführten Schriftsteller u. Präjudizien]. Dagegen jedoch Wolff deutsch. Privatr. §. 203., Dunker Lehre v. d. Reallasten §. 26. u. 44., Vollgraff im civilist. Archiv Bd. IX. Beil. Heft. §. 12.

---

und der Vater ist nur das Haupt derselben und als solches der Verwalter und Vogt. Das Gut ist das Erbe, die Kinder sind die Erben, ohne deren Urlaub jenes nicht veräußert werden darf, und an dem sie, so lange sie nicht aus der Gemeinschaft geschieden sind, ein Recht sich zu ernähren, beim Ausscheiden ein Recht auf Erbtheil oder Abfindung haben, die ihren Antheil am Gut repräsentiren. Der Act, durch welchen die verschiedenen Familienglieder am Erbe auseinandergesetzt werden, ist der Ansatz — oder Güterübergabe —, der Auszugsvertrag, darnach im eig. Sinne des Wortes Erbauseinandersetzungsvertrag. Der bisherige Vogt, der Vater, überträgt die Vogtei oder Herrschaft auf den Uebernehmer oder Anerben, der nun statt seiner Mittelpunkt eines am Gut berechtigten Haushaltes, einer Familie wird. Er reservirt sich einen Auszug, und das bisher unabgegrenzte Recht der Geschwister wird fixirt auf die Abfindung, den „Erbtheil". Was bisher ein ungeschiedenes Ganze war, ist nun in drei verschiedene, aber ihrer Natur nach wie Theile eines Ganzen gleichartige Theile, die Leibzucht, das Erbe (Gut) und die Erbtheile zerfallen, so daß sich Leibzucht und Abfindung als Reallast darstellen, im Gegensatz von hypothekarisch auf dem Gut ruhenden, aber wesentlich von diesen verschiedenen Forderungen."]

Ob ein Besitznachfolger für die von seinem Vorgänger in Rückstand gelassenen onera realia einzustehen habe, ist im Allgemeinen eine sehr bestrittene Frage. Manche behaupten die Verbindlichkeit des Nachfolgers unbedingt, wenn nicht der Gläubiger in mora exigendi war; Mevii Decis P. IV. dec. 403. P. V. dec. 318., Runde Rechtslehre v. d. Leibzucht §. 49. S. 449. Andere halten ihn nur für subsidiär verpflichtet, wenn der Vorbesitzer zur Entrichtung unvermögend ist, Buddeus a. a. O. S. 530. Anm. 77. Richtiger scheint es, zwischen dem Recht selbst und den einzelnen Anfällen desselben zu unterscheiden; ersteres muß jeder Nachfolger anerkennen, wenn die formellen Bedingungen eines dinglichen Rechts beobachtet sind; wegen der letzteren aber kann sich der Berechtigte nur an den Besitzer, und für die Zeit, in welcher er besitzt, halten. Boehmer J. E. P. Lib. II. tit. 26. §. 24., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 233., Puchta über die gerichtlichen Klagen §. 113., Ortloff Grundzüge d. deutsch. Privatr. §. 233., v. Hartitzsch Entscheid. S. 46., Hänsel Lehre v. d. Auszuge S. 100., Hommel Rhaps. Vol. II. obs. 339., Schenck Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. XIV. S. 290 ff. bes. S. 335.

Zu 2) Aus dem in dem persönlichen Bedürfniß des Leibzüchters liegenden Fundament dieser Prästation folgt: daß der Tod des einen von beiden mit derselben versehenen Ehegatten nur die untheilbaren Prästanden nicht alteriren kann, theilbare aber dem Ueberlebenden sofort nur zur Hälfte noch zukommen, wenn nicht ausdrücklich eine andere Bestimmung getroffen ist. Ein jus accrescendi, welches Zachariae Lib. Quaest. qu. 21. §. 2. annimmt (s. auch die von uns im Bd. II. §. 116. Fr. 27 a. angeführten Autoren), kann nur im uneigentlichen Sinn gelten, da nach R. R. ein solches bei Vertragsverhältnissen unter Lebenden nicht Platz greift; Pfeiffer a. a. O. §. 8., Buddeus a. a. O. S. 528., Mittermaier a. a. O. Bd. II. §. 291. S. 52., v. Hartitzsch a. a. O. no. 40. S. 39., Gottschalk l. c. T. II. Cap. 31. pag. 381., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 339. Die Praxis ist gleichwohl verschieden. Für ungeschmälerte Fortdauer der Leibzucht in der Person des überlebenden Ehegatten, falls nicht eine andere Absicht nachgewiesen werden kann, entscheidet das G. H. Hess. O.-A.-G., s. Zeitschr. f. deutsch. Recht Bd. V. S. 368., ebenso das K. Würtemb. Ob. Trib., s. Hufnagel Mittheilungen N. F. H. I. S. 347. Nur die Hälfte des Altentheils erkennt der überlebenden Wittwe zu das O.-A.-G. zu München s. Seuffert u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. I. S. 292. Vergl. auch Bopp im hess. Archiv f. prakt. Rechtswiss. IV. S. 252—270. Andere Gerichte treffen eine

Modification dahin, daß ein größerer Theil als die Hälfte dem überlebenden Ehegatten zugebilligt wird, wenn mit Rücksicht auf die Kräfte des Hofs die Leibzucht so gering bestimmt worden ist, daß sie das wirkliche Bedürfniß des Leibzüchters nicht erfüllt, s. Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. VIII. S. 327., Koken rechtl. Grunds. des deutsch. Colonats S. 72. In Sachsen ist vermöge der cit. Bekanntmachung v. 2. Okt. 1839. (Gesetzsamml. S. 277.) angenommen, daß der überlebende Ehegatte von theilbaren Leistungen die Hälfte, von untheilbaren, insbesondere der Auszugswohnung, das Ganze zu fordern habe, so auch das Futter für eine Auszugskuh und das für Heizung der Auszugsstube ausgemachte Holz; Emminghaus Corp jur. Germ. pag. 903. der 2. Aufl. Consequent behält auch der eine Ehegatte seinen Antheil an der Leibzucht ungehindert fort, wenn der andere in Concurs verfallen und sein Antheil zur Masse gezogen worden ist, Pfeiffer a. a. O., Budbeus a. a. O. S. 530. Ueber den Fall, wenn für Mann und Frau die Leibzucht bestellt ist, und die Frau sich scheiden läßt, s. Biener Opusc. academ. Vol. II. cap. 24.

Zu 2a) In der Regel wird sie neben Beziehung der Leibzucht oder des Auszuges immer noch das Heirathsgut zurückfordern können, da die Bestellung des Auszuges für die Ehefrau rein ein Ausfluß der Liberalität des Ehemanns ist, und nicht mit der Aussteuer zusammenhängt; Biener l. c., Pfeiffer a. a. O. §. 8. Es müßte demnach der Auszug ausdrücklich als Witthum constituirt seyn, Budbeus a. a. O. S. 528., aber auch in diesem Fall steht entgegen, daß nach der Meinung Mehrerer der Grundsatz, daß die Leibzucht den Brautschatz verschlinge, nicht für gemeinrechtlich gehalten werden könne; Struben rechtl. Bed. Th. III. Bed. 100., Pfeiffer a. a. O., das O.-A.-G. zu Lübeck in Seuffert's Archiv XII. No. 179.

Zu 3) Das Recht des Auszugs kann als höchst persönlich an einen Andern gar nicht übertragen werden; einzelne Genüsse sind der Uebertragung zwar fähig, aber nur insoweit, als sie dadurch nicht den Verpflichteten beschwerlicher werden. So kann der Altentheilsberechtigte allerdings die dazu angewiesenen Grundstücke an Andere verpachten, oder sonst zum Genuß abtreten und bereits fällig gewordene Reichnisse veräußern, Mittermaier a. a. O. S. 52., aber weder Kost noch Wohnung kann er auf einen Andern übertragen, Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 170.; letztere wenigstens dann unstreitig nicht, wenn er blos den Mitgebrauch des Wohnhauses des Gutsbesitzers hat, wogegen ihm jedoch Manche das Vermiethungsrecht alsdann nicht versagen, wenn ihm der Nießbrauch eines geson-

derten Hauses überlassen ist; Buddeus a. a. O. S. 534., Hänsel Lehre vom Auszug §. 9., v. Hartitzsch a. a. O. no. 45. Inquilinen bei sich aufzunehmen, wird ihm aber ohne Erlaubniß des Wirths nicht gestattet; Hagemann a. a. O. Bd. VII. S. 170., Bopp im hess. Archiv f. prakt. Rechtswiss. IV. S. 309.

Zu 4) Wenn der Leibzüchter eine zweite Ehefrau blos an der ihm zukommenden Leibzucht Antheil nehmen läßt, so kann ihm dies, insoweit der Pflichtige dadurch nicht mehr belästigt wird, nicht verwehrt werden. Eine größere und mithin unzulässige Belästigung würde aber freilich dann erwachsen, wenn der Leibzüchter blos auf die Verköstigung am Tisch und auf den Mitgebrauch der Wohnung des Gutsübernehmers angewiesen ist; Mittermaier a. a. O. S. 52., Pfeiffer a. a. O. §. 8. S. 137., Hagemann a. a. O. Bd. VII. S. 170., Buddeus a. a. O. S. 529. Doch würde dies, soviel das Wohnungsrecht betrifft, wenigstens dann nicht der Fall seyn, wenn der Auszügler schon vorher im verehelichten Zustand dasselbe besessen hätte, Buddeus a. a. O., Hänsel Bemerkungen und Excurse über das im Königr. Sachsen geltende Civilrecht Abth. III. §. 283. S. 185.; ja mehrere Rechtslehrer betrachten es als eine nothwendige und daher stillschweigend vom Gutsübernehmer übernommene Last, den neuen Ehegatten und andere Personen, mit welchen der Auszügler zusammen zu leben, und denen er Alimente zu reichen verbunden ist, in seine Auszugswohnung aufzunehmen, v. Hartitzsch a. a. O. no. 41., Berger Oecon. jur. lib. II. tit. 3. th. 24. not. 5., Hommel Rhaps. Vol. I. obs. 2., es ist aber dabei wenigstens von v. Hartitzsch und Berger vorausgesetzt, daß dem Auszügler eine eigene Wohnung eingeräumt sey.*) Auch ist nur unter dieser Voraussetzung die vom usus aedium handelnde l. 4. §. 1. D. 7. 8. anwendbar. Verordnungen und Präjudicien sind hierüber sehr verschieden. In Sachsen bestimmt die cit. Bekanntmachung v. 2. Oct. 1839 (Gesetzsamml. S. 277.): Wenn Jemand den Auszug im Allgemeinen für sich und seinen Ehegatten vorbehalten hat, so folgt daraus kein Anspruch eines anderweiten Ehegatten auf einige Auszugsvortheile weder bei Lebzeiten des auszugs-

*) Dieses vorausgesetzt, ist dem Auszügler die Befugniß nicht abzustreiten, einen zweiten Ehegatten, eigene und selbst zugebrachte Kinder, insofern dieselben nicht selbständig ihren Unterhalt verdienen können, und wenn es zur Pflege desselben nothwendig ist, auch eine fremde Person in die Auszugswohnung aufzunehmen; s. Schwarze u. Heine Unters. prakt. wichtiger Materien S. 158. [Ebenso das O.-A.-G. zu Cassel, s. Bopp im hess. Archiv f. prakt. Rechtswiss. IV. S. 290. 293.]

berechtigten Ehegatten noch nach dessen Ableben, s. Emminghaus Corp. jur. Germ. pag. 903.; wogegen das O.=A.=G. zu Cassel (Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. VIII. S. 320.) das Gegentheil statuirt, weil dem Auszugsberechtigten die Wiederverheirathung nicht verwehrt, er also auch nicht gehindert werden könne, seine gesetzliche Pflicht, Frau und Kinder bei sich aufzunehmen, gegen diese auszuüben; cf. l. 4. §. 1. l. 6. D. 7. 8. und die Analogie der l. 12. §. 4. D. eod. [Das Recht der Aufnahme von Kindern in das Auszugshaus steht dem Auszüger nur so lange zu, als dieselben unverheirathet sind; O.=A.=G. zu Cassel, Seuffert's Archiv XIII. Nr. 50.] Die Frage: ob eine zweite Ehefrau in die ursprünglich vom Leibzüchter für sich und sein damaliges Weib stipulirte Leibzucht einzutreten befugt sey, kann nur durch Interpretation des Vertrags entschieden werden, je nachdem der Sinn und die Tendenz desselben den Auszug auf die Person der ersten Ehefrau beschränkt, oder der Auszug schlechthin für eine Ehefrau bestimmt, oder dem Mann überhaupt zur Ernährung einer Frau stipulirt ist; Buddeus a. a. O. S. 529. Es war unter älteren Rechtsgelehrten zwar streitig, ob nicht eine Wittwe das Leibgeding verliert, wenn sie sich wieder verheirathet; es ist aber dazu, wenn das Leibgeding nicht ausdrücklich auf die Zeit des Wittibstandes beschränkt worden ist, kein Grund vorhanden, Struben a. a O. Th. I. no. 124. Th. II. no. 165., Buddeus a. a. O. S. 529., Pfeiffer a. a. O. §. 8. S. 137., Berger l. c. Vergl. auch Büff im hess. Archiv f. prakt. Rechtswiss. IX. S. 267—276.

Zu 5) Diese Frage ist unstreitig zu verneinen, insofern nicht der Vertrag oder die Hofsgewohnheit oder das Landesgesetz, worauf sich Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. VIII. S. 327. beruft, um ein Moderationsrecht ex officio rücksichtlich einer übermäßigen Leibzucht zu begründen, selbst wenn diese auf Vertrag beruht, ein Anderes mit sich bringt; Mittermaier a. a. O. §. 291. S. 52., Hänsel Lehre v. d. Auszuge S. 110., v. Hartitzsch a. a. O. no. 49., Danz zu Runde Bd. V. §. 522a., Buddeus a. a. O. S. 531. Umgekehrt hat aber auch der Gutsbesitzer nichts zu vergüten, wenn gewisse dem Leibzüchter zum Genuß überlassene Grundstücke, Bäume u. s. w. zuweilen keinen Ertrag gewähren.

Zu 6) Wenn nicht die Confiscation des Vermögens als Strafe verwirkt ist, so hat eine dem Austrägler auferlegte Strafe auf den Altentheil keinen Einfluß, insoweit diese ihn nicht außer Stand setzt, die Prästationen stipulationsmäßig zu genießen. Keinem gegründeten Zweifel scheint es übrigens unterworfen, daß die Ehescheidung wegen

erwiesenen Ehebruchs den Verlust des in der Eheberedung stipulirten Altentheils für den schuldigen Theil zur Folge hat, wenn dieser statt Witthums als lebenslängliche Versorgung versprochen war, mithin der Altentheil an die Stelle des Brautschatzes tritt; Hagemann a. a. O. Bd. I. S. 274. Bd. VII. S. 169. Anm. 4., Glück Thl. XXVII. S. 94., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 365 Anm. b.

Zu 7) Man muß darunter außer dem Wohnzimmer auch die zu einem eingeschränkten Lebensbedarf nöthigen Theile des Hauses, wie Mitgebrauch des Kellers und Bodens begreifen. Die Stipulationen sind immer so zu erklären, ne fiant inutiles et elusoriae; Boehmer Consult. et Decis. T. II. P. I. Res. 683. no. 10. Der usus aedium erstreckt sich auf Alles, was zum Wohnungsgebrauch erforderlich ist, Gründler Polemik Bd. II. §. 273a. Wenn gewisse Stücke Vieh vorbehalten sind, so versteht sich darunter auch der Mitgebrauch des Stalles von selbst, Hänsel Bemerkungen und Excurse §. 280. S. 170., sowie auch, was jedoch Hänsel a. a. O. bestreitet, der Gutsbesitzer, wenigstens nach deutschrechtlichen Principien, das Futter für das Auszugsvieh alsdann geben muß, wenn der Austrägler blos den Nutzen nicht das Eigenthum daran sich vorbehalten hat; Buddeus a. a. O. S. 535. [Auch auf einen Platz zum Kochen außerhalb der Wohnstube, sowie zum Aufbewahren der Brennvorräthe und zur Ablage der Asche im Keller oder Hof hat der Einsitzberechtigte Anspruch; s. O.=A.=G. zu Cassel, bei Bopp im Hess. Arch. f. prakt. Rechtswiss. IV. S. 294 ff.]

Zu 8) Man muß hierbei unterscheiden:

a) den deutschrechtlichen bäuerlichen Gutsabtretungsvertrag, aus welchem durch einen Nebenvertrag der Auszug oder Altentheil entspringt. Dieses Geschäft ist gemischter Natur, theils auf onerosem, theils lucrativem Titel beruhend, ein Geschäft theils unter Lebenden, theils auf den Todesfall, nämlich eine anticipirte Erbfolge, und eine Veranschlagung des Guts unter dem wahren Werth. Für den Gutsübernehmer und dessen Miterben ist es ein lucrativer Titel, insofern sie Alle ihre Erbtheile sofort erhalten, hinsichtlich des Gutsübernehmers aber auch ein lästiger Titel, insofern er die Erbtheile seiner Miterben herauszahlen muß.

b) Die gemeinrechtlichen onerosen Verträge, in welchen die Gegenleistung für eine abgetretene Sache ganz oder zum Theil auf eine lebenslängliche Rente gerichtet ist.

Beide Fälle würden zwar ganz gleich beurtheilt werden müssen, wenn man ihnen schlechterdings eine aleatorische Natur zuschreiben dürfte, welche die Anwendbarkeit des remedium ex l. 2. C. 4. 44. insofern ausschließt, als dasselbe eine zur Zeit des Kaufcontracts schon wirklich vorhandene Läsion voraussetzt, was hier, da die Größe der Gegenleistung von künftiger Fügung der Umstände abhängt, nicht angenommen werden zu können scheint. Viele Rechtslehrer behaupten daher die Unanwendbarkeit gedachter Läsionsklage bei allen solchen Käufen, wo der Verkäufer sich oder Andern zugleich einen jährlichen Auszug in Naturalien und Hilfleistungen auf seine und Anderer Lebenszeit bedingt, theils wegen der Ungewißheit der künftigen Fruchtpreise, theils weil man den Umfang der Hilfleistungen, besonders in kranken Tagen, nicht im Voraus übersehen kann; Hommel Rhaps. Vol. II. obs. 114., Claproth Rechtsw. der Verträge Th. II. S. 1091. §. 337., Biener Opusc. acad. Vol. II. Op. 29., Mirus D. de reservato rustico (Lips. 1818.) Cap. 4. §. 13., Haubold Lehrb. d. K. Sächs. Privatr. §. 463 a., v. Hartitzsch Entscheid. no. 36., Archiv f. d. Civil= und Criminalr. der K. Preuß. Rheinprovinzen Bd. X. S. 13. Andere Rechtsgelehrte und insbesondere die K. Sächs. Gesetze meinen dagegen, jene Ungewißheit, welche vorzüglich von der ungewissen Dauer des menschlichen Lebens abhängt, lasse sich ja durch das Hilfsmittel der gesetzlichen Präsumtion nach l. 68. D. 35. 2.*) kunstreich zu einer juristischen Positivität erheben, weshalb man solche um so minder zu beachten habe, als im Leben ja fast Alles ungewiß ist, und demnach gar kein Feld für den Gebrauch des remedium laesionis enormis übrig bleiben dürfte. Nur dürfte man die Verletzung nicht nach dem zufälligen Erfolg, sondern nach dem, was zur Zeit des geschlossenen Vertrags als wahrscheinlich anzunehmen war, berechnen; Buddeus a. a. O. S. 537., Runde v. d. Leibzucht §. 78. S. 551., Pfeiffer a. a. O. Bd. IV. S. 167., Leyser Med. Sp. 205. med. 4., Struben rechtl. Bed. Th. IV. no. 126. — Ob die zu ganz anderen Zwecken von den Gesetzen angezeigte Weise, ein Problem zu lösen, da, wo irgend eine Lösung unumgänglich nothwendig ist, nicht übel angewendet würde, um die Behauptung zu begründen, daß etwas Problematisches nicht problematisch sey, und ob es Beifall verdiene, sie als eine kluge Erfindung zur Vermehrung

*) Gegen die von Hommel Rhaps. Vol. VI. obs. 741. und nach ihm von Thierfeld der Leibzuchtsvertrag S. 126. irrig gegebene Berechnung, s. Kori Erörter. Th. III. no. 12.

der Processe zu benützen, welche z. B. für Lebensversicherungsanstalten und Leibrentenverträge, welche nicht nach der l. 68. cit. berechnet sind, reichen Stoff darböten, möge eines Jeden Beurtheilung überlassen bleiben. Wir leugnen indessen nicht, daß möglicher Weise auch Verträge vorkommen können, wobei die Gegenleistung sich zur Zeit des Contracts in einer ganz unbestimmten Größe verhält, die Läsion aber doch offenbar ist. Z. B. die kinderlose Wittwe A. übergibt ihrem Vetter B. ihren Hof, nebst 12 Morgen walzender Grundstücke. Letztere schenkt sie ihm, für die käufliche Ueberlassung des ersteren aber bedingt sie sich ein vitalitium. Nach dem Tode der A. fechten ihre Intestaterben den Contract an, indem sie behaupten, zur Bestreitung des vitalitium habe schon der Reinertrag des Guts hingereicht, so daß also der B. gar kein eigenes Vermögen auf die Erwerbung des Hofes zu verwenden gehabt habe. — Dieser Fall führt zu folgender Unterscheidung: Alimentations-Contracte können so beschaffen seyn, daß es überhaupt vom Zufall abhängt, für welchen von beiden Contrahenten der Contract vortheilhaft oder nachtheilig sey. Solche Contracte sind durchaus aleatorischer Natur, und weil bei ihnen zur Zeit der Schließung des Contracts keine laesio certa vorhanden ist, so findet gegen sie auch keine Läsionsklage statt. Sie können aber auch, wie eben in einem Beispiel gezeigt wurde,*) so beschaffen seyn, daß schon zur Zeit der Contractsschließung eine bestimmbare Verletzung eines Contrahenten vorhanden ist, mithin nur die Vergrößerung dieser Verletzung auf der einen und das Maß der Vergrößerung des Gewinns auf der anderen Seite zufällig bleibt. Soweit dann jene bestimmbare Läsion reicht, hört die Ungewißheit auf, und soweit ist also der Contract nicht aleatorisch. Ist daher jene nicht ungewisse Läsion von dem Belang, daß sie die Querel ex l. 2. C. cit. begründet, so muß diese stattfinden, Waldeck Controv.-Entscheid. Th. I. no. 15. Diese Betrachtung veranlaßte uns, das Rechtsverhältniß sub lit. b. von dem sub lit. a. zu scheiden. Um nun wieder zu a. zurückzukehren, so wird durch die gemischte und eine Gleichheit der gegenseitigen Prästationen gar nicht bezweckende Natur dieses Geschäfts die qu. laes. enorm. nothwendig ausgeschlossen; Koch R. d. Ford. Th. III. §. 339., wie auch die oben angeführten Buddeus, Pfeiffer, Runde a. a. O.

*) Ein solcher Fall scheint übrigens nur auf Seite des Nehmers der Leibrente denkbar, nicht aber auf Seite des Gebers; denn wenn dieser für 100 Thlr. eine lebenslängliche Rente von 100 Thlrn. verspräche, so bliebe es doch noch ungewiß, ob der Rentennehmer nicht schon nach einem halben Jahr stürbe; Waldeck a. a. O. Bd. I. S. 272., Leyser Sp. 205. med. 4.

zugestehen. [Das O.-A.-G. zu Darmstadt stellt folgende Unterscheidung auf: Elterliche Gutsanschläge können ob laes. enorm. angefochten werden, wenn sie den Charakter eines Kaufvertrags haben, wenn also die Absicht der Contrahenten erhellt, in den Gegenpräsationen, welche der Empfänger übernimmt, nur das pretium festzustellen, das Letzterer für die auf ihn übertragenen Objecte zu leisten hat, und wenn ferner die Gegenpräsationen wenigstens ad modum et quantitatem probabilem taxirt werden können. Gewisse Gutsanschläge unterliegen dagegen der Anfechtung ob laes. enorm. nicht, wenn und soweit sie nämlich als letztwillige Dispositionen sich darstellen, d. h. wenn und soweit sie darauf gerichtet sind, die Wirkungen des Erbschaftsanfalls zu anticipiren. Insoweit hier der stipulirte Anschlagspreis hinter dem Werthe der angeschlagenen Objecte zurückbleibt, liegt darin nichts Anderes, als eine Vorausgabe auf den künftigen Erbtheil des präsumtiven Erben, die von den Eltern nicht zurückgefordert werden und erst dann wieder zur Sprache kommen kann, wenn der Erbschaftsanfall wirklich eingetreten ist und die Collationsfrage sich aufwirft, oder ein Miterbe wegen Verletzung seines Pflichttheils klagt. Hess. Archiv f. prakt. Rechtswiss. IX. S. 517.]

Daß wegen Verletzung am Pflichttheil von Seite der Notherben — jedoch erst nach dem Tod des Erblassers*) — geklagt werden könne, ist gegen die verneinende Meinung älterer Schriftsteller (z. B. Möller D. de adsignatione bonorum parentali cuidam liberorum facta. Marb. 1764. §. 10. u. 16., Estor bürgerl. Rechtsgelehrsamkeit der Teutschen Th. III. §. 758., Hofmann Handb. d. deutsch. Eherechts §. 16., Claproth a. a. O. §. 339.) nun wohl allgemein anerkannt, indem auch bei deutschen Erbverträgen eine Schmälerung des Pflichttheils nicht gestattet ist; Eichhorn deutsch. Privatr. §. 343. u. 365., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 290. (198.), v. Bülow und Hagemann prakt. Erörter. Th. I. S. 199., Pfeiffer a. a. O. Bd. IV. S. 145., v. Zangen Beitr. zum teutschen Recht Th. II. S. 280., Lennep v. d. Leihe zu Landsiedelrecht Tit. IX. §. 12. Anm. 3.

Zu 9) Geldpräsationen sind nach der Regel der Alimente praenumerando, also zu Anfang des von dem Antritt des Guts zu rech-

*) Beseler Lehre von den Erbverträgen Th. II. Bd. II. S. 210. scheint zwar die Inofficiositätsklage gegen einen Gutsabtretungsvertrag wegen der damit verbundenen verfrühten Erbfolge nicht bis zum Todesfall verschieben zu wollen, wogegen aber Pfeiffer a. a. O. Bd. VIII. S. 345. erinnert, daß diese doch immer nur eine Singularsuccession sey.

nenden Zeitabschnitts, Naturalien entweder zu der Zeit, wo sie aus dem Gut gewonnen werden, zu entrichten, v. Hartitzsch Entsch. no. 43., Budbeus a. a. O. S. 536., oder, wenn dies nicht nur zu einer gewissen Jahreszeit der Fall ist, in verhältnißmäßigen Raten, z. B. Milch täglich, Butter wöchentlich; Kori Erörter. Th. III. S. 89. Der Ablieferungsort ist regelmäßig das Gut, worauf der Auszug haftet, v. Hartitzsch a. a. O., Kori Erörter. Bd. III. no. 12., Pfeiffer a. a. O. S. 140., und dies selbst dann, wenn im Contract nur gesagt ist, daß der Gutsbesitzer den Auszug an jeden beliebigen Ort folgen lassen wolle; Budbeus a. a. O. S. 536., Hänsel Excurse §. 280. S. 172. und 174., Mirus l. c. Cap. 4. §. 4. Die Qualität der Leistungen bestimmt sich nach der Beschaffenheit des Erbauten, und wenn dieses von verschiedener Güte ist, durch die mittlere Qualität; v. Hartitzsch a. a. O. no. 47.

Zu 10) Eigentliche Reparaturen braucht der Auszügler aus eigenen Mitteln nicht zu bestreiten, s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle v. J. 1848. no. 10., er ist nur schuldig, die Wohnung bestmöglich zu conserviren, wie es einem Miethsmann obliegt; v. Hartitzsch a. a. O. no. 48., Hänsel Lehre vom Auszuge S. 76. Hat er aber Grundstücke zur Benutzung sich vorbehalten, so hat er den Aufwand auf Cultur und Ernte selbst zu bestreiten; Budbeus a. a. O. S. 532.

Zu 11) Es ist die in l. 68. D. 35. 2. angenommene präsumtive Lebensdauer des Auszüglers zum Grund zu legen, und hiernach die jährliche Leistung zu Capital zu erheben; v. Hartitzsch a. a. O. no. 52., Gottschalk Disc. for. T. I. Cap. XV. pag. 160., Kori Erörter. Th. III. S. 101.

Zu 12) Ein absolutes Widerspruchsrecht kann ihm zwar nicht zugestanden werden, aber sein Interesse ist dabei allerdings insoweit zu berücksichtigen, daß seine Sicherheit nicht gemindert, und die Eintreibung nicht zu lästig gemacht werde; v. Hartitzsch a. a. O. no. 54.

Zu 13) Es ist bereits zu Fr. 8. bemerkt worden, daß die bäuerliche Gutsabtretung an den nächsten Anerben von einem gewöhnlichen Kaufgeschäft sehr verschieden ist, daher auch der Vorkauf und Retract ausgeschlossen werden muß; Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 339.

Zu 14) Da nach der Natur dieses Vertrags der Gutsübernehmer keinen Zufall trägt, so hat er in Ansehung der vom Austrägler sich zum Nießbrauch vorbehaltenen Gegenstände nichts zu prästiren, wenn diese durch Zufall zu Grunde gehen, z. B. ein Grundstück durch Versandung oder Ueberschwemmung unbrauchbar wird, oder das zur Be=

nutzung vorbehaltene Haus abbrennt; wenn aber dem Auszügler eine Wohnung überhaupt zugesichert ist, so kann der Wirth wohl verbunden seyn, das abgebrannte Haus wieder aufzubauen; Koch a. a. O., Buddeus a. a. O. S. 534.

Zu 15) Die über diese Frage angeregte Controverse, Pfeiffer a. a. O. §. 10., scheint ziemlich überflüssig. Ist das dem Auszug anklebende Realrecht in die öffentlichen Bücher eingetragen, so hat dessen Permanenz keinen Anstand; es kann nicht mehr Recht am Gut verkauft werden, als der Besitzer daran hatte, Koch a. a. O., und der jüngere Hypothekengläubiger muß nachstehen, wenn das Gut, wie erforderlich, Pfeiffer a. a. O. S. 140., Buddeus a. a. O. S. 531., nur mit Vorbehalt dieser Reallast subhastirt wird; denn wäre dies nicht geschehen, so wäre die Subhastation entweder für nichtig zu erklären, wie Hänsel in der Lehre vom Auszug §. 1. S. 2 u. 12. annimmt, oder nach der wohl richtigeren Meinung von Buddeus a. a. O. S. 531. dem Käufer wegen dieser ihm gleichwohl zuwachsenden Last eine verhältnißmäßige Minderung des Kaufpreises zuzugestehen. Findet sich nun aber zum Gut durchaus kein Käufer mit dem lästigen Attribut, ein Paar alte Leute lebenslang zur Verpflegung und in Wohnung zu behalten, so bleibt wohl nichts Anderes übrig, als das Gut frei von der Last zu verkaufen; der Altentheilsberechtigte muß dann, da kein Realgläubiger den Verkauf des Guts hindern kann, und der Anspruch auf Naturralleistung durch das ad impossibilia nulla datur obligatio aufgehoben wird, auf den Erlös des Guts verwiesen werden, in welchem der Altentheilsberechtigte und die Hypothekgläubiger nach der Ordnung der Priorität concurriren; Puchta über die gerichtl. Klagen S. 282.

Zu 16) Außer dem besonderen Gutsverhältniß der Colonate und in Ermangelung eines eigentlichen Anerbenrechts kann die aus dem abzutretenden Gut den Miterben des Unternehmers gebührende Abfindung lediglich unter den Titel eines ihnen sämmtlich gleichmäßig zustehenden Erbfolgerechts gestellt werden, wonach auch das Vorzugsrecht der Erbegelder im Concurs Platz greift; Pfeiffer a. a. O. §. 13., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VI. M. 326. So müssen auch, wenn bei der Gutsabtretung Schulden verschwiegen worden sind, und der Abtretende sie nicht selbst zu zahlen vermag, die an der Uebernahmssumme Theil nehmenden Miterben gemeinschaftlich mit dem Gutsübernehmer nach Verhältniß concurriren. Immer ist aber diese anticipirte Succession nur eine Singularsuccession; Pfeiffer a. a. O. §. 15., Danz zu Runde Bd. V. S. 393.

Zu 17) [Bopp im Hess. Archiv IV. S. 276. bemerkt hierüber: Nach der gemeinen Meinung werden die vor dem Ausbruche des Concurses über das Vermögen dessen, dessen Gut mit einer Reallast beschwert ist, fällig gewordenen Präſtationen als Gegenstand persönlichen Anspruchs an den Gemeinschuldner angesehen. Rechtslexikon Bd. IX. S. 74. Nur herrscht Streit darüber, ob diesen rückständigen Leistungen ein Vorzugsrecht einzuräumen sey oder nicht; Dabelow Lehre v. Concurs (1801.) S. 607., Schweppe Syst. d. Concurses (1824.) §. 41., Rechtslex. a. a. O.; sonach ist es streitig, ob rückständigem Leibgeding ein Vorzugsrecht zustehe; s. Hänsel Lehre v. Auszug S. 104. Verneint wurde die Frage vom O.=A.=G. zu Cassel. Vergl. auch Schunk's Jahrbb. der jur. Liter. XV. (1830.) S. 95.]

Zu 18) [Lehre und Praxis stellen den Grundsatz auf, daß der Uebernehmer des Guts nicht verbunden ist, die persönlichen Schulden des Abtretenden zu zahlen, s. Pfeiffer prakt. Ausf. IV. no. 8. §. 15., VIII. S. 337 ff., Runde Leibzucht II. §. 54., Bluntschli deutsch. Privatr. §. 131., Pfeiffer deutsches Meierrecht S. 358., Seuffert's Archiv IX. no. 53., Hess. Archiv f. prakt. Rechtswiss. IV. S. 311. u. S. 508—515.]

Zu 19) [Für Bejahung entschied sich das O.=A.=G. zu Darmstadt, da der Auszugsvertrag auf Liberalität des Vaters beruhe und mithin eine Schenkung im weitern Sinne sey, nämlich eine donatio sub modo (nicht eine Erbfolge, da es sich um das gegenwärtige Vermögen handle); s. Hess. Archiv f. prakt. Rechtswiss. IV. S. 502.]

Zu 20) [Möller Diss. de assign. bon. parent. cuid. liberorum facta §. 15. und Runde Leibzucht II. S. 400. rechnen den Nothpfennig zu den Auszugsleistungen, indem sie darunter alle solche Präſtationen begreifen, die überhaupt den Zweck haben, eine Hilfsquelle zur Deckung der Bedürfnisse des Auszügers zu bilden. Auch ist es einerlei, ob z. B. verabredet sey, daß der Gutsübernehmer auf Verlangen des Auszügers jährlich 10 Fl. als Nothpfennig bezahle, diese Leistungen aber im Ganzen nicht die Summe von 100 Fl. übersteigen sollen, oder ob bestimmt sey, daß die Zahlung des Nothpfennigs von dem jedesmaligen Bedürfniß und der Anforderung des Auszügers abhänge. Demgemäß hat sich das O.=A.=G. zu Darmstadt für die Dinglichkeit solcher Präſtationen ausgesprochen; s. Hess. Archiv f. prakt. Rechtswiss. IV. S. 507. Dazu Pfeiffer prakt. Ausf. IV. S. 163 ff.]

§. 289.

i) Verlags-Contract.*)

1) Wenn über die Größe der Auflage nichts zwischen dem Autor und Verleger festgesetzt wurde, mithin der Verleger die Auflage so stark machen konnte, als er wollte, steht es demselben dann auch frei, eine neue Auflage ungefragt des Verfassers zu machen?

2) Ist der Verfasser eines Werks, wenn er es einem Buchhändler unbedingt in Verlag gegeben hat, berechtigt, eine neue Ausgabe einem Andern zu übertragen?

3) Kann das durch Vertrag erworbene Verlagsrecht ohne Zustimmung des Verfassers weiter veräußert werden?

4) Steht es dem Verleger nach bezahltem Honorar frei, das Werk ungedruckt liegen zu lassen?

5) Binnen welcher Zeit kann der Verleger die Ablieferung des Manuscripts fordern, wenn darüber nichts speciell verabredet ist, und wozu ist er berechtigt, wenn der Verfasser das Werk nicht zur bestimmten oder gehörigen Zeit abgeliefert hat?

6) Wozu ist der Verfasser berechtigt, wenn das Manuscript, dessen Honorar nach der Zahl der Druckbogen vereinbart worden ist, bei dem Verleger vor beendigtem Abdruck verloren geht?

7) Gehen die dem Verfasser gegen den Verleger zustehenden Rechte auch auf die Erben des Ersteren über?

8) Sind die Rechte des Autors auch in dem Fall, wenn er nach einem vom Verleger ihm vorgelegten Plan, auf dessen Ersuchen, die Bearbeitung eines Werks unternimmt, eben dieselben, wie sie vorstehend erklärt wurden?

9) Ist der Autor eines Journals wider Willen des Verlegers desselben befugt, eine darin befindliche Abhandlung in einem anderen Verlag besonders abdrucken zu lassen?

10) Ist der Verfasser einer gekrönten Preisschrift, dieselbe ohne Zustimmung des Preisgebers in Verlag zu geben, berechtigt?

11) Wer hat den Schaden zu tragen, wenn das Werk des Verfassers confiscirt, oder dessen Debit von auswärtigen Regierungen verboten wird?

---

*) Vergl. oben Bd. II. §. 103.

12) [Wird der Verleger Eigenthümer des Manuscripts?]

13) [Darf der Verleger, wenn ihm seine Auflage vor dem Absatz ganz oder theilweise zugrunde geht, die untergegangenen Exemplare neu herstellen und absetzen, so daß bis nach deren Absetzung der Autor von anderweiten Auflagen ausgeschlossen bleibt?]

14) [Wer hat den Zufall zu tragen, wenn das Manuscript oder Original vor der Vervielfältigung untergeht?]

15) [Wer hat für die Correctur der Druckbogen Sorge zu tragen?]

Zu 1) Wenn mehrere Rechtsgelehrte, z. B. Hommel Rhaps. Vol. VI. obs. 750., Rößig Handb. d. Buchhandelsr. S. 134. §. 2., Bender Grds. d. Handelsr. S. 275., Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. S. 68. §. 296 a. (204), behaupten, und auch verschiedene neuere Gesetzgebungen positiv festgesetzt haben, daß das Recht des Verlegers absolut und immer auf Eine Auflage beschränkt sey, so beruht dies wohl nur auf unpassenden und unhaltbaren Vorstellungen vom Eigenthum an Erzeugnissen des Geistes, von Eigenthumsübertragung, oder wenigstens getheiltem Eigenthum zwischen Verfasser und Verleger. Solche Beschränkung ist nach gemeinrechtlichen Grundsätzen nur dann anzuerkennen, wenn der Verfasser die Größe der Auflage im Vertrag festgesetzt, oder, wenn auch darüber nichts bestimmt wurde, doch für den Fall einer zweiten Auflage sich ein neues Honorar bedungen hat. Außerdem kann der Verleger ebensowohl successiv mehrere Auflagen als nur Eine in um so größerer Stärke machen, je nachdem er es angemessen findet, und er kann in der Art und Weise, in welcher er den möglichsten Vortheil mit dem unvermeidlichen Risico vereinbaren zu können glaubt, nicht beschränkt seyn, wenn ihn der Autor nicht ausdrücklich beschränkt, wenn derselbe vielmehr sein Eigenstes, sein Geistesproduct zum Gemeingut und zugleich zu einem Gewerbsgegenstand hingibt, wenn er gegen eine fixe Vergütung dem Buchhändler das Benutzungsrecht durch Vervielfältigung desselben unbedingt übertragen hat; Eichhorn deutsch. Privatr. §. 386. S. 940., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 342. S. 880. (2. Ausg.), Kind Qu. for. T. IV. cap. 10., Curtius Sächs. Civilr. Bd. IV. §. 1504. der ersten Ausg., welcher jedoch in der zweiten Ausgabe seine Meinung geändert hat, Hillebrand deutsch. Privatr. §. 120. Anm. 5. Mit unserer Ansicht stimmen überein: d. Preuß. Landr. Th. I. Tit. 11.

§. 1013. u. das Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. §. 1167., vgl. v. Zeiller Comm. Bd. III. S. 314. Diejenigen Schriftsteller, welche das Gegentheil behaupten, widersprechen zum Theil sich selbst, indem Rößig a. a. O. S. 290. §. 3. doch am Ende den Grundsatz zu streng findet, daß das Recht des Verlegers im Zweifel von selbst nur auf eine einzige Auflage beschränkt sey, und Bender a. a. O. S. 276. gleichfalls hinterher bekennt: „Sobald über die Stärke der Auflage nichts bestimmt war, wer will es da dem Verleger wehren, so lange zu drucken, als er Absatz findet, wenn anders er es für gut findet." Uebrigens liegt die Differenz der Meinungen in nicht genugsamer Unterscheidung zwischen Veranstaltung einer neuen Auflage (unverändertem Abdruck des Inhalts)*) und einer neuen Ausgabe (wodurch der vorige Inhalt des Werks Abänderungen erleidet); Maurenbrecher deutsch. Privatr. S. 451., Mittermaier a. a. O. S. 69. Anm. 25.**) Das Recht, eine neue Ausgabe seines Werks zu veranstalten, kann nämlich der Verleger, wenn die von ihm gemachte Auflage gänzlich vergriffen ist, dem Verfasser allerdings nicht wehren; v. Zeiller a. a. O. S. 517. zu §. 1168. Der Verfasser muß aber eben deswegen, wenn er glaubt, daß eine vermehrte und verbesserte Auflage seines Werks nöthig oder nützlich werden könne, von seiner Freiheit, die Größe der ersten Auflage durch Vereinbarung mit dem Verleger angemessen zu fixiren, Gebrauch machen. [Vergl. oben in Bd. II. §. 103. zu Fr. 9.] Daher kann aber auch dem Verfasser,

Zu 2) wenn die erste Auflage vergriffen ist, die freie Wahl eines anderen Verlegers für eine neue Ausgabe — welche doch immer theilweise ein neues Werk, ein neues Erzeugniß des Denkens und Wissens ist, auf welches der Verf. im Voraus zu verzichten nicht gemeint seyn konnte, wenn er mit dem vorigen Verleger nicht einig werden kann — nicht bestritten werden; Eichhorn a. a. O. §. 386., Koch a. a. O., Bender a. a. O. §. 134. Ebenso steht es auch dem Verfasser frei, einen Auszug, eine Uebersetzung seines Werks ungehindert von Seite des Verlegers zu veranstalten, Rößig a. a. O.

*) Bloße Abänderungen der äußeren Form möchten wohl den Begriff neuer Auflage nicht aufheben, wie gleichwohl d. Preuß. Landr. Th. I. Tit. 11. §. 1011. u. 1012. annimmt; s. dagegen v. Zeiller a. a. O. Bd. III. S. 515.

**) Dieser wesentliche Unterschied ist in den Gesetzgebungen Preußens und Oesterreichs festgehalten, und ist wohl auch rationell begründet, obwohl Mittermaier a. a. O. ihn nicht als gemeinrechtlich anerkennt. Vergl. Wächter Verlagsr. S. 263. Anm. 14.

S. 143. §. 4. S. 144. §. 7. S. 145. §. 9. S. 153. §. 24.; aber ein Eingriff in die Rechte des Verlegers würde es seyn, wenn der Verfasser dasselbe Geistesproduct wieder auf eine andere Weise, in anderer Form vervielfältigen würde, z. B. wenn er eine einzelne Schrift, ehe deren Verleger sie gänzlich abgesetzt hat, in eine Sammlung mit neuen anderen Schriften aufnehmen und diese Sammlung einem anderen Verleger übergeben, oder wenn er aus einem größeren noch nicht vergriffenen Werk einen Aufsatz ohne Vorwissen des Verlegers besonders abdrucken lassen würde; Rößig a. a. O. Kap. 5. §. 14. u. 15., Wächter Verlagsrecht S. 282. 295. 300.

Zu 3) Hinschius in der jurist. Wochenschrift Jahrg. 1840. S. 305. spricht zwar dem Verleger diese Befugniß ab, und Bender a. a. O. §. 131. beschränkt sie durch Ausnahmen, z. B. wenn die Ueberlassung des erworbenen Verlagsrechts an einen Buchhändler geschähe, welcher nicht als reeller Geschäftsmann bekannt ist, oder wenn bei dem Verlage personae industria erfordert werde, wie bei Prachtausgaben, und diese Meinung hat allerdings das für sich, daß man das zwischen dem Verfasser und Verleger vor sich gehende Rechtsgeschäft nicht als einen simplen Verkauf des Manuscripts betrachten darf, so daß der Verleger nun damit machen könnte, was er wollte, sondern daß die Art und Weise der Vervielfältigung und die Betriebsweise ein Gegenstand des beiderseitigen Interesse ist, wo aber gegenseitige Rechte und Verbindlichkeiten begründet sind, eine einseitige Uebertragung nicht stattfindet. [Ebenso Gengler deutsch. Privatr. §. 115. Anm. 8. und Walter System §. 321. a. E.] Andere Rechtsgelehrte aber räumen dem Verleger, nachdem die Erwerbung für ihn durch Uebergabe des Manuscripts perfect geworden ist, volle Freiheit ein, das Verlagsrecht an einen Andern zu überlassen; Mittermaier a. a. O. S. 68. §. 296 a., Koch a. a. O. §. 341. a. E., Rößig a. a. O. §. 22., Kramer die Rechte der Schriftsteller und Verleger S. 154. v. Buchholtz als Recensent der 1. Aufl. unseres Werks in den Jahrb. f. deutsche Rechtslit. Bd. XXIV. S. 974 ꝛc. unterscheidet, ob der Verleger vor oder nach dem Druck und der Bezahlung des Honorars sein Verlagsrecht verkauft hat, oder nachher. Nur im ersten Fall ist der Verfasser noch betheiligt, im zweiten Fall kann es ihm wohl keinen Nachtheil, vielmehr Vortheil bringen, wenn ein anderer Buchhändler ein größeres Interesse an der Verbreitung des Werks im Publikum, mit welchem er es nun allein zu thun hat, bezeigt. [Dieselbe Ansicht wird von Wächter a. a. O. S. 369. 370. vertreten.]

Zu 4) Die eben angestellte Betrachtung führt zugleich zur Entscheidung dieser Frage. [Die Verbindlichkeit des Verlegers, den Verlag wirklich auszuführen, gehört zum Wesen des Verlagsvertrags; Wächter a. a. O. S. 338.]

Zu 5) Ist zur Ablieferung des Manuscripts

a) eine Zeit nicht bestimmt, so wird unter „gehöriger Zeit" gewöhnlich [oder doch vielfach] die Zeit verstanden, welche nöthig ist, um das Buch noch auf die nächste Leipziger Messe bringen zu können; Koch a. a. O. Bd. III. §. 342., Bender a. a. O. S. 268. §. 128., Rößig a. a. O. Kap. VI. §. 3., Wächter a. a. O. S. 330. Ist aber das Werk von solchem Umfang und solcher Bedeutung, daß eine solche Zeitbeschränkung im Voraus unpassend erscheint, so muß wohl die Zeitbestimmung, wenn sie im Contract übergegangen ist, dem Schriftsteller zugestanden werden;*) Rößig a. a. O. §. 5., Koch a. a. O. Will sich aber derselbe auf gar keine Frist einlassen, so muß es dem Verleger frei stehen, vom Contract zurückzutreten; s. Preuß. Landr. Th. I. Tit. 11. §. 1002—1004., Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. §. 1166. Ist

b) eine Zeit zur Ablieferung des Manuscripts bestimmt, so ist der Verfasser zur Ablieferung in dieser Zeit oder eventuell zur Schadloshaltung des Verlegers verpflichtet. Wächter a. a. O. S. 329.

Zu 6) Man muß unterscheiden, ob der Verlust des Manuscripts eine Folge des Zufalls oder dem Verleger zur Schuld anzurechnen ist. Die Gefahr des Verlustes geht auf den Verleger über, wenn das Honorar als Aversionalquantum bedungen war, sonst nach vollendetem Druck jedes Bogens für jeden einzelnen; Bender a. a. O. S. 269., arg. l. 35. §. 5. 6. D. 18. 1. Die Zahlung des Honorars wird nämlich, wenn auf Bogenzahl accordirt ist, nach vollendetem Druck, außerdem sogleich nach Empfang des Manuscripts fällig; Rößig a. a. O. S. 182. §. 26. — Ist der Verlust dem Verleger zur Schuld zuzurechnen, so muß das Gutachten der Sachverständigen und im Fall grober Schuld der Schätzungseid des Verfassers den Ausschlag geben; Koch a. a. O. §. 342.

*) Wenigstens scheint es immer mißlich, die Zeitbestimmung dem arbitrio judicis zu überlassen, wie es im Oesterreich. Gesetzb. §. 1165. u. §. 904. angenommen wurde. [Auch Wächter a. a. O. S. 330. verweist auf das richterliche Ermessen, unter Berücksichtigung der Lebensverhältnisse des Autors.]

Zu 7) Abgesehen von dem erkünstelten Princip eines getheilten Eigenthums, Rößig a. a. O. Kap IV. §. 10. Kap. VII. §. 4 rc.,*) muß diese Frage, welche vorzüglich dann sich erhebt, wenn nach des Verfassers Tod das Bedürfniß einer neuen Auflage oder einer neuen Ausgabe eintritt, dahin beantwortet werden: wenn es sich nur um eine neue Auflage handelt, so muß das Recht auf ein neues Honorar, sowie die Freiheit, eine neue Auflage des Werks ihres Erblassers durch einen anderen Verleger zu veranstalten, in den Fällen, in welchen es nach den zur Fr. 1. entwickelten Grundsätzen dem Verfasser zustand, seinen Erben nicht minder zugestanden werden, Bender a. a. O. §. 135. lit. a., so weit es nicht Landesgesetze auf eine gewisse Anzahl von Jahren beschränkt haben, nach deren Ablauf das Werk ein Gemeingut wird; Mittermaier a. a. O. S. 70., Koch a. a. O. Bd. III. §. 342. Aber das Recht zu einer neuen Ausgabe, welche auf persönlichen Eigenschaften und Voraussetzungen beruht, können sie nicht haben; s. Bender a. a. O. S. 281., Weiske Rechtslex. Bd. IV. S. 180. Es ist eine willkürliche Behauptung, wenn v. Gönner im Archiv f. Gesetzg. Bd. IV. H. 2. S. 282. den Erben des Verfassers das Recht vindicirt, auf ihre Kosten durch einen andern Gelehrten, dessen Auswahl gleichwohl dem Verleger überlassen bleibe, eine neue Ausgabe zu veranstalten. Die richtigere Ansicht hat das Preuß. Landr. Th. I. Tit. 11. §. 1020. angenommen: „Das Recht des Verfassers, daß ohne seine Zuziehung keine neue Ausgabe veranstaltet werden darf, geht, wenn nicht ein Anderes verabredet worden, auf seine Erben nicht über." — Die Rechtsgelehrten theilen sich in verschiedene Meinungen. Einige unterscheiden, ob der Verfasser das Manusc. nach vollendetem Druck zurückgenommen, oder es dem Verleger in Händen gelassen hat; Rößig a. a. O. Kap. VII. §. 3., Bender a. a. O. §. 135. Andere lassen das Recht des Verfassers unbedingt auf seine Erben übergehen; Hommel Rhaps. obs. 750., Penzenkuffer üb. d. Rechtsverh. zwischen Schriftsteller und Verleger S. 60., Schmid der Büchernachdruck S. 151. u. A. Das Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. §. 1169. läßt die Rechte des Schriftstellers auf seine Erben nicht übergehen, weder für eine neue Ausgabe noch für eine neue Auflage. Das Bayerische Gesetz v. 15. April 1840. Art. I. bestimmt: zu jeder neuen Auflage ist eine neue Bewilligung — nämlich des Urhebers, seiner Erben oder Rechtsnachfolger — erforderlich, wenn nicht vertragsmäßig hierüber etwas

*) [Vergl. jedoch oben Bd. II. §. 103. zu Fr. 10.]

Anderes bestimmt worden ist. Die meisten neueren Landesgesetze beschränken blos den Uebergang auf eine gewisse Anzahl von Jahren. [Wächter a. a. O. S. 371. spricht sich gegen die Annahme, daß mit dem Tode des Autors dem Verleger das unbeschränkte Verlagsrecht accrescire, und dahin aus, daß die Erben in alle Rechte des Autors gegenüber dem Verleger eintreten. Er fügt hinzu: „Auch die frühere Beschränkung des Oesterreich. und des Preuß. Rechts kann nach dem Princip der Bundesbeschlüsse und der neueren Gesetzgebung nicht mehr Platz greifen, indem hiernach die Erben in die Rechte des Autors eintreten.“ Demgemäß bemerkt Hitzig Ueb. das Preuß. Ges. v. 11. Juni 1837. (1838.) S. 107., daß mit §. 37. dieses Gesetzes den §§. 2020., 1023—1036. des A. Pr. Landr. I. 11. derogirt sey. Vergl. auch Harum Oesterreich. Preßgesetzgebung S. 161.]

Zu 8) Rößig Handb. des Buchhandelsr. Kap. V. §. 20. Kap. VIII. §. 34 u. 35. macht einen Unterschied, je nachdem der Buchhändler einem Gelehrten die Ausarbeitung eines Werks nach einer von ihm gefaßten Idee übertrug, oder demselben den ganzen ausführlichen Plan entwarf und vorschrieb, so daß der Schriftsteller nur den Vortrag machte, und der Geistesarbeit des Buchhändlers die äußere Form gab. Im ersten Fall sollen für den Autor alle vorbeschriebenen Rechte gelten, wie wenn er dem Buchhändler ein selbst projectirtes und ausgearbeitetes Werk angetragen hätte; im zweiten Fall trete kein eigentlicher Verlagsvertrag ein, sondern mehr der Vertrag do ut facias. Ohne eine solche schwierige Distinction statuirt das Oesterreich. Gesetzb. §. 1170.: „Wenn ein Schriftsteller nach einem ihm von dem Verleger vorgelegten Plane die Bearbeitung eines Werks übernimmt, so hat er nur auf die bedungene Belohnung Anspruch. Dem Verleger steht in der Folge das ganze freie Verlagsrecht zu.“ Ebenso das Preuß. Landr. Th. I. Tit. 11. §. 1021., welches darauf hinweist, daß außerdem der Schriftsteller sich einen besonderen Vorbehalt hätte machen müssen.*) [Vergl. hierüber Ausführlicheres bei Wächter a. a. O. S. 187 ff. und S. 221.]

Zu 9) Dies kann ihm nicht zugestanden werden, wofern er nicht eine Umarbeitung, Ausdehnung und Verbesserung vorzunehmen sich veranlaßt gefunden hat. Ebensowenig steht es dem Verleger eines

---

*) Die häufigere Anführung von Particularrechten wird man in dieser Materie nicht unangemessen finden, da sie in Ermangelung besonderer gesetzlicher Vorschriften, als raison écrite, gewiß nicht mindere Aufmerksamkeit verdienen, als die Meinungen einzelner Rechtsgelehrter.

Journals zu, eine darin befindliche Abhandlung ohne Genehmigung des Verfassers besonders drucken zu lassen; Rößig a. a. O. S. 185. §. 33., Wächter a. a. O. S. 305. 306. Anmerkungen zu dem Werk eines anderen Gelehrten, das in einem fremden Verlag erschienen ist, von einem anderen Gelehrten in Verlag zu nehmen, steht jedem Buchhändler frei, aber den Text dazu darf er nicht mit abdrucken lassen; Rößig a. a. O. §. 37. S. 188.

Zu 10) Dieser Fall scheint dem in der Fr. 8. behandelten ziemlich analog, indessen ist hier hauptsächlich auf den Zweck zu sehen, welchen der Preisaussteller, sey es nun ein Einzelner oder irgend ein Institut, eine Gesellschaft, bei der Aufgabe hat. Gibt diese selbst eine Sammlung der von ihr bewirkten Preisschriften heraus, dann kann der Verfasser sich nicht befugt halten, einen Privatvortheil durch den vervielfältigenden Druck für sich zu ziehen. Ist dies aber nicht der Fall, und hat der Preisaussteller blos einen gemeinnützlichen Zweck, so hält Rößig Handb. d. Buchhandelsr. Kap. XI. §. 12. den Verfasser unbedingt dazu berechtigt; allein da derselbe nicht über das Vorhandenseyn oder Nichtvorhandenseyn mehrerer Absichten auf Seite des Preisausstellers zu entscheiden Macht hat, so möchte es wohl räthlicher seyn, daß er sich erst die Zustimmung des Preisausstellers erbitte. Hat der Preisaussteller die gelieferte Abhandlung bereits in seiner Sammlung abdrucken lassen, so scheint dem Verfasser, wenn er sie später besonders herausgeben will, kein Hinderniß entgegenzustehen, wofern ihm dieses nicht ausdrücklich bei der Preisaufgabe untersagt worden ist; s. Rößig a. a. O.

Zu 11) Die Gefahr, welche mit der Veröffentlichung der Gedanken des Verfassers verbunden ist, hat wohl immer zunächst der Buchhändler als Unternehmer der Veröffentlichung zu tragen; es müßten daher ganz besondere Gründe vorhanden seyn, welche ihn zu einem Regreß an den Autor berechtigen könnten. Um so gewisser hat — wie Bender Grundſ. d. Handelsr. S. 267. Anm. * bemerkt — der Verleger den Schaden zu tragen, wenn er ein der Censur unterworfenes Buch derselben nicht unterstellt hat. Glück Thl. X. S. 390 bemerkt dabei: wenn Autor und Verleger in pari reatu versiren, so kann dieser sich nicht an jenen halten.

Zu 12) [Wird mit Recht verneint von Wächter a. a. O. S. 332., weil der Verleger regelmäßig kein Interesse haben kann, das Eigenthum zu haben, und ihm die vorübergehende Detention zum Zweck des Druckes genügt.]

Zu 13) [Wächter a. a. O. S. 291. ist der Ansicht, daß der Verleger, wenn er nicht überhaupt freie Hand in Veranstaltung neuer Auflagen erlangt hat, nicht befugt sey, für die nach dem Erscheinen der Auflage untergehenden Exemplare einen neuen Abdruck herstellen zu lassen. Hiernach soll das Erscheinen der Auflage der entscheidende Zeitpunkt seyn; Wächter fügt darüber hinzu: „Wäre die Auflage zwar gedruckt, aber noch gar nicht in den Verkehr gebracht gewesen, wäre sie etwa noch in der Druckerei verbrannt, so kann man wohl unbedenklich dem Verleger das Recht zu neuem Satz und Druck geben, weil er doch so lange setzen und drucken dürfte, bis Eine Auflage in den Verkehr gebracht ist." Wenn Wächter für obige Ansicht die Billigkeit anspricht, so können wir ihm nicht beistimmen, ja wir halten jene Unterscheidung für ungerecht. Wächter selbst sieht sich (S. 293. des cit. Werks) zu der Ausnahme gedrängt, daß, wenn blos einzelne Bogen defect werden, diese zu ergänzen dem Verleger unbenommen sey; wir meinen, daß er überhaupt, kraft des Sinnes des Verlagsvertrags, befugt sey, untergegangene Exemplare, bez. die ganze untergegangene Auflage neu herzustellen, denn die Absicht eines Verlegers ist nicht, 1000 bestimmte Exemplare in seinen Besitz zu bekommen, sondern in die Möglichkeit des Absatzes von 1000 Exemplaren versetzt zu werden; er erwirbt das Recht auf eine Auflage von 1000 Exemplaren, d. h. nicht von bestimmten 1000, sondern von 1000 Exemplaren überhaupt. Der Umstand, ob die (zuerst) hergestellten Exemplare sich noch im Besitz des Druckers oder nicht mehr befinden, kann unmöglich ausschlaggebend seyn, da derselbe von vielerlei zufälligen Thatsachen abhängig ist; in den seltensten Fällen aber wird das Interesse des Autors dadurch verletzt erscheinen, daß der Verleger in Folge des Untergangs nicht die ganze Auflage jeden Augenblick zur Disposition hat und die Ergänzung einige Zeit verlangt, und wenn hierdurch einmal ein nennenswerther Schaden entstehen sollte, so läßt sich auf die societätsähnliche Natur des Verlagsvertrags hinweisen, welcher es ganz entsprechend seyn dürfte, im Falle eines Unglücks des Verlegers den Autor das mittragen zu lassen, was durch die Umstände und ohne des Anderen Schuld ihn dabei trifft. Nichts dürfte der bona fides dieses Verhältnisses mehr entgegen seyn, als den Autor aus dem Unglück des Verlegers einen Profit ziehen zu lassen; diesen trifft schon die Verdoppelung der Herstellungskosten und die Absatzverzögerung; es würde ungerecht seyn, ihm die Möglichkeit, 1000 Exemplare für den Vertrieb bereit zu halten, überhaupt zu entziehen. — Uebrigens tragen wir (auch hierin von Wächter a. a. O. S. 344. abweichend) kein Bedenken, anderseits

auch dem Autor einen Anspruch gegen den Verleger darauf, daß dieser die Ergänzung bewirke, zuzugestehen. — Wächter's Ansicht scheint uns nur für den Fall zu passen, da Jemand, der Autor oder ein Verleger, eine Anzahl bestimmter Exemplare einfach verkauft; ein Käufer hat das Recht der Ergänzung nicht.]

Zu 14) [Es muß unterschieden werden: a) Geht das Manuscript in des Autors Hand unter, so zerschlägt sich das Geschäft, wenn der Autor sich nicht zu einer neuen Ausarbeitung versteht; er kann hierzu nicht genöthigt werden; erfolgt nicht anderweite Lieferung, so fällt auch der Honoraranspruch hinweg. Kann der Autor aus den Resten des Manuscripts auf dem mechanischen Wege der Abschrift ein neues Manuscript herstellen, so dürfte dem Verleger hierauf ein Anspruch zu gewähren seyn. b) Geht das Manuscript unter, nachdem es an den Verleger abgeliefert ist, so bleibt derselbe zur Honorarleistung verpflichtet, doch kann der Autor weitere Ansprüche, z. B. wegen fernerer Auflagen nicht geltend machen. Ist der Autor aber in der Lage, ein zweites Exemplar zum Druck zu stellen, sei es ein reservirtes oder ein durch Abschrift aus den Resten herzustellendes, so kann dies der Verleger (bez. unter Erstattung der Kosten) fordern. Wächter a. a. O. S. 380. Im Fall eines durch Verschuldung herbeigeführten Untergangs entscheiden die Grundsätze von culpa u. dolus.]

Zu 15) [Wir antworten hier mit den Worten Wächter's a. a. O. S. 349.: „In der dem Verleger obliegenden Verbindlichkeit zur Herstellung des Drucks ist auch die Correctur der Druckbogen begriffen. Diese vorzunehmen ist der Autor nicht verbunden, denn er hat mit Ablieferung des Manuscriptes seine Verbindlichkeit aus dem Verlagsvertrag erfüllt, welche nur dahin ging, daß er den Verleger in Stand setze, das Werk zu vervielfältigen (s. Maurenbrecher Deut. Privatr. §. 416.). In seinem eigenen Interesse wird der Schriftsteller die zweite Correctur oder die Revision (oder beides) meist (freiwillig) übernehmen. Nur wo besondere technische Kenntnisse, die nur bei dem Autor vorausgesetzt werden, zur Correctur erforderlich sind (z. B. bei einem Druck in einer wenig bekannten Sprache), liegt darin, daß der Autor sein Manuscript in den Druck gibt, auch die Uebernahme der Verbindlichkeit, für die den gehörigen Druck ermöglichende Correctur (woran auch der Verleger wegen der Ehre der Firma und der Aussichten des Absatzes ein Interesse hat) thätig zu seyn. Ebenso könnte, wenn eine unleserliche oder mangelhafte Schrift des Manuscriptes den zuverlässigen Abdruck unthunlich machte, dem Autor die nöthige Correctur angesonnen werden. Will aber der Autor die Correctur selbst besorgen, ohne daß

hiedurch der Fortgang des Druckes eine wesentliche Störung erleidet, so kann es ihm nicht verweigert werden, weil er ein rechtliches Interesse hat, den richtigen und genauen Abdruck seines Werkes zu überwachen.“]

---

§. 290.

k) Versicherungsvertrag.*)

1) Hat derjenige Ungenannte, in dessen Auftrag ein Anderer, ohne ihn zu nennen, durch einen Dritten eine Sache versichern läßt, gegen diesen Dritten ein Klagrecht?

1a) Wenn der Addressat eine vom Absender für ihn versicherte Waare nicht annehmen will, weil etwa dieselbe nicht der Ordre entspricht, kann dann der Absender die Versicherung für sich geltend machen?

2) Kann man einen Gegenstand auch für einen höheren Betrag, als dessen wirklichen Werth, versichern lassen?

3) Gilt auch die Assecuranz von Kriegs-Contrebande und der Confiscation unterworfenen Sachen?

4) Ist die Versicherung auch dann giltig, wenn der Gegenstand zur Zeit der Versicherung schon untergegangen war?

5) Kann der Versicherte die beschädigte Sache auch ganz abandonniren, und dagegen die Assecuranzsumme fordern?

6) Wie ist der Sinn und die Wirkung der Clausel „frei von Beschädigung außer im Strandungsfall“ aufzufassen?

7) Haftet der Versicherer auch für Schäden, welche durch Baratterie (böswillige Handlungen oder Unterlassungen des Schiffers) entstanden sind?

8) Inwiefern machen Unrichtigkeiten in der Police den Versicherungsvertrag ungiltig?

9) Insofern der Versicherte verpflichtet ist, die das Schiff betreffenden Nachrichten sogleich dem Versicherer zur Kenntniß zu

---

*) Da die Entscheidung vorkommender Fälle meistens aus den verschiedenen Assecuranz- und Haverei-Ordnungen geschöpft werden muß, so finden hier nur einige allgemeine Betrachtungen Platz. Die Literatur dieser Materie, besonders zur See-Assecuranz, s. Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 303. (211.), Glück Thl. XXI. §. 1141. S. 202. Anm. 63.

bringen, fragt es sich, wenn der Versicherte ein Ausländer ist, ob es genügt, wenn er nicht unmittelbar dem Assecuradeur, sondern nur dem einheimischen Geschäftsmann, durch welchen er versichern ließ, die Nachricht gibt?

10) Ist, wenn die versicherte Reise geändert wird, der Versicherungsvertrag als aufgehoben anzusehen, obgleich der Schiffer auf dem ordentlichen Wege zurückkehrt?

11) Welches Schiff hat den Schaden zu tragen, wenn zwei Schiffe auf einander stoßen, und eins oder beide Schiffe beschädigt werden, und hat der Versicherer auch solchen Schaden zu vergüten?

12) Ist zur Ausmittelung eines partiellen Schadens bei einer taxirten Police auf Waaren die Taxe oder der Verkaufspreis der unbeschädigten Waare am Bestimmungsort als Basis anzunehmen?

13) Ist große Haverei bei mit Ballast fahrenden Schiffen anzunehmen?

14) Ist es erlaubt, für die nämliche Sache und die nämliche Gefahr eine doppelte Summe durch Versicherung zu erlangen?

14a) Wenn durch einen dem Assecuradeur zur Last fallenden Zufall ein partieller Schade entsteht, und nachher durch eine davon unabhängige Gefahr, welche er nicht übernommen hat, der Gegenstand der Assecuranz völlig zu Grunde geht, wird dann der Assecuradeur vom Ersatz des vorher entstandenen partiellen Schadens frei?

15) Kann der Versicherte, wenn der Versicherer in Concurs verfällt, vom Vertrag zurücktreten?

16) Binnen welcher Zeit verjähren die Klagen aus einem Assecuranzvertrag?

17) Hat eine Brandversicherungsanstalt auch dann den Schaden zu vergüten, wenn dieser durch Schuld des Versicherten entstanden ist? oder auch

18) das durch Krieg entstandene Brandunglück?

19) Wenn die Brandassecuranz eine Landesanstalt ist, hat sie dann jura fisci?

Zu 1) Bei See-Assecuranzen ist es sehr gewöhnlich, das Versicherungsgeschäft durch einen Dritten besorgen zu lassen; so überträgt

der auswärtige Eigenthümer der Waare das Geschäft seinem Correspondenten in loco, ja selbst der Anwesende, dessen Handelspolitik dahin geht, verschwiegen zu bleiben, einem Mäkler, und die in dem gewöhnlich gedruckten Formular der Police neben dem Namen des Extrahenten enthaltene Clausel: „oder wen es sonst noch ganz oder zum Theil angehen möchte,“ deutet von selbst auf das mögliche Recht eines Ungenannten, welcher von dem Versicherer vertreten wird, hin. Wollte man da gleichwohl auf Subtilitäten des römischen Rechts die von Einigen ergriffene Meinung bauen, daß dem dritten Ungenannten kein Klagrecht gegen den Assecuradeur zustehe, v. Sahme Einleit. zum Seerecht des Königr. Preußen Tit. 12. §. 2. S. 37., oder (was nicht einmal in der bemerkten Clausel liegt) daß eine alternative Verbindlichkeit vorliege, bei welcher der Schuldner die Wahl hat, si expediat magis uni solvere, quam alteri, Hertius de electione ex obligatione alternativa debitori debita Sect. I. §. 2. Sect. II. §. 4., so würde man wohl irre gehen. Die Praxis hat sich vielmehr dafür entschieden, daß die Benennung des Versicherten nicht nöthig sey, sondern der Ungenannte sein Recht allerdings geltend machen könne, wenn nachgewiesen wird, daß er den Auftrag gegeben oder zeitig ratihabirt habe; Seveking v. d. Assecuraunz für Rechnung eines ungenannten Versicherten S. 3—41., Benecke System des Assecuranz- und Bodmereiwesens Bd. II. Kap. 5. S. 1., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 112., Runde Beiträge zur Erläuterung rechtl. Gegenstände Bd. I. S. 497. und das dort abgedruckte Gutachten des Göttinger Spruchcollegiums v. J. 1784., Pöhls Assecuranzr. Th. I. S. 140., Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 303. S. 91., Heise im Hamburg. Archiv. f. d. Handelsr. Bd. II. no. X.,*) Gründler Polemik Th. II. S. 179.

---

*) Die dort angeführte Entscheidung der Hamburgischen Gerichte, mit welcher Heise und Gründler a. a. O. sich nicht einverstehen will, erklärt sich wohl aus der Eigentümlichkeit des Falles, ohne dem obigen Grundsatz zu widersprechen. Ein Lübecker Spediteur L. hatte dem Kaufmann S. in Hamburg den Auftrag gegeben, eine Partie Waaren versichern zu lassen. S. führte den Auftrag auf eigenen Namen aus, mit der in die Police — in deren Besitz er blieb — eingerückten Clausel: „für Rechnung, wenn es angeht.“ Schiff und Ladung verunglückten und der Spediteur L. fallirte bald darauf. Nun trat ein fremdes Handlunghaus M., indem es sich als Eigner der durch L. blos spedirten und demselben zur Versicherung aufgegebenen Waare gerirte, klagend gegen S. auf Herausgabe der Police auf, wurde aber auf den Grund der von S. erhobenen Einrede, daß zwischen Klägern und ihm keinerlei nexus obligatorius bestehe, abgewiesen. Dieser Entscheidung möchte man wohl zum Vorwurf machen, daß nicht vielmehr dem Handlungshaus M. der Beweis nachgelassen wurde, daß L.

§. 345., v Buchholtz Versuche S. 144. [Vergl. A. D. H.=G.=B. Art. 785—787.] Von Wichtigkeit ist übrigens die bestimmte Bezeichnung der Person, für welche versichert werden soll, in Kriegszeiten. Der Extrahent der Versicherung eines nicht neutralen Guts wäre da wohl — wie Pöhls a. a. O. S. 143. gegen mehrere Dissentienten behauptet — zur Anzeige an den Assecuradeur, wem die Versicherung gelten soll, für verbunden zu erachten. Legislative Klugheit mag daher immerhin eine positive Bestimmung dahin erheischen, daß in der Police allemal der Name des Extrahenten der Versicherung mit der Beifügung, ob er Eigenthümer oder Commissionär sey, ausgedrückt werden müsse, wie im Code de commerce Art. 332., im Niederländ. Gesetzb. Art. 256. und in den meisten Assecuranzordnungen fürgesehen ist; s. die Allegate in Pöhls Assecuranzr. Th. I. S. 137. Anm. 1.

Zu 1a) Pöhls a. a. O. S. 151. §. 571. meint: „das Interesse des Versicherten höre hier auf, seine Versicherung werde also ungiltig, und die Uebertragung derselben an den Absender, oder an denjenigen, der nun die Waare empfängt, brauche sich der Assecuradeur nicht gefallen zu lassen;" allein warum — sagt Benecke a. a. O. Bd. II. S. 22. — sollte der Addressat, wenn er die Waare zur Disposition des Absenders läßt, nicht auch die Police der Assecuranz an denselben cediren und übereignen können?

Zu 2) In der Regel ist dieses nicht zuläßig, weil der Assecuranzvertrag nur zur Hebung eines Schadens, nicht zur Erlangung eines Gewinns bestimmt ist und nicht in eine Wette ausarten soll. Doch kann ein gehoffter Gewinn besonders versichert werden; Mittermaier a. a. O. S. 93. u. 94., Eichhorn a. a. O. §. 113., Pöhls a. a. O. §. 564. [Vergl. A. D. H.=G.=B. Art. 790. 806.]

Zu 3) Daß ein solcher Vertrag, wenn er darauf gerichtet ist, inländische Gesetze unwirksam zu machen, oder auch Eigenthum des Feindes zu versichern, nichtig sey, unterliegt keinem Zweifel. Die Frage kann daher nur insofern von verbotenen Handlungen zu verstehen seyn, als die Handelnden dem Prohibitivgesetz als einem ausländischen nicht unterworfen sind, oder wenn z. B. Kriegs=Contrebande nicht dem

---

in seinem Auftrag die Versicherung der Waare durch S. habe besorgen lassen. Allein S. hatte es ja nur mit L. zu thun gehabt, und konnte, indem er den Auftrag zwar in eigenem Namen, aber mit dem Beisatz „wen es angeht" ausführte, doch nur dem L. sich verbindlich machen wollen, und keinem ihm gänzlich Unbekannten, und weil er gegen L. wirklich in nexu obligatorio stand, mithin dessen nunmehriger Massacuratel verantwortlich wurde, so konnte er unmöglich angehalten werden, die Police an jemand Anders auszuliefern.

Feinde des eigenen Staats zugeführt wird. Für Unternehmungen, welche nur ausländischen Ein- und Ausfuhrgesetzen zuwider sind, wird von Vielen ein Assecuranzvertrag für verbindend erkannt; Eichhorn a. a. O. §. 114. u. die in Anm. c. angeführten Schriftsteller, Pöhls Assecuranzrecht Bd. I. S. 71. Andere halten dafür, daß es doch immer ein factum turpe bleibe, aus welchem eine civilrechtliche Verbindlichkeit nicht entstehen könne; Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. III. S. 83., Mittermaier deutsches Privatr. Bd. II. S. 95. — Daß der Vertrag zwischen Personen, welche dem durch die Defraudation zu verkürzenden Staate nicht angehören, außer dem Gebiete dieses Staats abgeschlossen wurde, macht im Wesentlichen keine Aenderung. Defraudationen sind ja allgemein verpönt, und auch abgesehen hiervon kann der Waareneigenthümer den Umstand, daß er nicht selbst das fremde Gebiet betritt, nicht benutzen, weil bei aufgetragenen oder bedungenen Gesetzübertretungen der Auftraggebende oder Dingende an dem vom Beauftragten oder Gedungenen begangenen Delicte Theil nimmt; l. 1. §. 12. D. 43. 16. — l. 15. §. 3. D. 47. 10. Ob in einem neutralen Lande ein Handel versichert werden dürfe, der den Gesetzen eines kriegführenden Landes entgegen ist? hängt nur davon ab, ob die behaupteten Beschränkungen des neutralen Handels — abgesehen von besonderen Staatsverträgen — in dem allgemeinen Völkerrecht anerkannt sind, oder nicht; Pöhls a. a. O. S. 72—165. und S. 261. Eine Collision der Gesetze des Orts der abgeschlossenen Assecuranz mit anderen kommt nicht in Betracht.

Zu 4) Vorausgesetzt natürlich, daß der Extrahent der Versicherung noch nichts von dem Untergang der Sache wußte [A. D. H.-G.-B. Art. 810.], muß man zwar allerdings behaupten, daß der Versicherer hafte, aber nur mit Limitationen: a) es muß bewiesen werden, daß das Unglück sich erst nach dem in der Police bestimmten Anfangstermine der übernommenen Gefahr ereignet habe;*) v. Martens Grundriß des Handelsr. §. 211. — b) der Versicherte muß bei

*) Wenn nichts sonst in der Police bestimmt ist, so fängt die Haftung bei Gütern von der Zeit an, wo das Gut vom Lande abgeht, und bei Versicherung auf Casco (Schiffskörper) von Zeit der angefangenen Ladung an; Mittermaier a. a. O. §. 307., v. Martens a. a. O. §. 210. Die Haftung endigt sich, wenn das Schiff am Bestimmungsort kurze Zeit geankert gewesen ist. Bei Schiffen, die in Ballast sind, erlöscht die Versicherung, wenn dieselben längere Zeit, z. B. 20—30 Tage, zum Anker gewesen sind; Pöhls a. a. O. Thl. I. S. 301., Glück Thl. XXI. §. 1141. [Vergl. A. D. H.-G.-B. Art. 827—830.]

Schließung des Vertrags anzeigen, daß der Gegenstand der Versicherung bereits der Gefahr ausgesetzt war, Eichhorn a. a. O. §. 114., und muß auch den Versicherer durch Mittheilung der ihm bekannten Umstände in den Stand setzen, die Möglichkeit eines bereits eingetretenen Schadens gehörig zu würdigen. Er muß daher, wenn das zu assecurirende Schiff unterwegs ist, nicht blos anzeigen, welche Nachrichten und von welcher Zeit er sie von dem Schiffe habe, sondern er muß es auch bemerklich machen, wenn es ihm an neueren möglichen Nachrichten gebricht; Heise u. Cropp jurist. Abhandl. Bd. I. S. 89., Mittermaier a. a. O. S. 97. Ist der Versicherte ein Auswärtiger, so gehört zur Giltigkeit des Vertrags, daß nicht blos der Ordre-Geber zur Zeit des Auftrags, sondern auch der Mandatar zur Zeit der Assecurirung nichts von dem Unfall wußte. Dasselbe gilt auch, wenn die Ordre zur Versicherung durch mehrere Hände gegangen war; der Versicherte kann daher keine Ansprüche an den Versicherer machen, wenn die Nachricht von dem eingetretenen Unfall schon vor Unterzeichnung der Police am Wohnort des Versicherers hätte angelangt seyn können, insofern er selbst oder sein Commissionär, oder wer sonst in der Reihe der Mittelspersonen folgt, sich hierbei keine Zögerung hätte zu Schulden kommen lassen; Heise u. Cropp a. a. O. S. 91. §. 2.

Zu 5) Von selbst versteht sich diese Befugniß im Falle eines Totalschadens durch Schiffbruch, feindliche Nehmung,*) Stranden mit Scheiterung und dergl.; sie kann aber nach Seegesetzen auch dann stattfinden, wenn längere (durch Particularrechte oder Gebrauch bestimmte) Zeit hindurch alle Nachrichten über das Schiff ausbleiben. Nicht gleichförmig sind die Bestimmungen darüber, wiefern, wenn ein Schaden über die Hälfte erfolgt ist, der Versicherte zu abandonniren befugt sey, oder dem Versicherer desfalls die Wahl zustehe; Mittermaier a. a. O. §. 308. (216.), v. Martens a. a. O. §. 213. u. Anm. a. [A. D. H.-G.-B. Art. 865.]

Zu 6) Was unter dem Strandungsfall eigentlich verstanden werde, darüber sind die Erklärungen, welche man in den Assecuranzordnungen und den Schriften der Gelehrten findet, überaus schwankend und von einander abweichend. Um die eigentliche Bedeutung rationell aufzufassen, muß man auf den Entstehungsgrund dieser Clausel zurückblicken, welcher darin liegt, daß bei Waaren, welche ihrer Natur nach leicht

*) Unstreitig wird nämlich bei Seegefahrversicherung unter dem Zufall, für welchen der Assecuradeur einsteht, auch vis major begriffen; Pöhls a. a. O. S. 251. u. 257.

dem Verderben oder der Verschlechterung ausgesetzt sind, schwer auszumitteln ist, ob der verdorbene Zustand, in welchem sie bei ihrer Ankunft am Bestimmungsort gefunden werden, aus einer inneren Ursache, oder von äußeren Unfällen herrührt, oder Beides vereinigt eine schädliche Wirkung hervorgebracht hat, welche ein geringes Seeunglück auf eine haltbare Waare nicht gehabt haben würde. Das Mißverhältniß, in welches dadurch der Versicherer versetzt wird, zu heben, und seine Lage bei verderblichen Waaren der bei haltbaren so viel als möglich gleichzustellen, bedient sich derselbe der Clausel: „frei von Beschädigung außer im Strandungsfall," oder: „frei von 10% Beschädigung,"*) oder auch beider Clauseln zusammen. Die letztere Clausel beschränkt seine Haftung auf größere Schäden, die erstere auf größeres Seeunglück, welches in seinem niedersten Grad in Strandung des Schiffes, im höchsten Grad in Schiffbruch, Wegnahme des Schiffes u. dgl. besteht. Für das Assecuranzrecht sind dreierlei Momente festzuhalten: a) das Schiff muß auf den Grund gerathen seyn, gleichviel ob auf einen eigentlichen Strand, oder eine Klippe, oder eine Sandbank, auch ohne Unterschied, ob durch eine gewaltsame Veranlassung, oder durch Schneegestöber, Nebel und andere Zufälligkeiten,**) welche den Schiffer an richtiger Beobachtung des Curses hinderten; b) es muß auf dem Grund festgesessen seyn; — das bloße Berühren des Grundes, ein bloßes Stoßen ist kein Stranden, wenn auch dadurch die Fahrt auf kurze Zeit aufgehalten wurde; c) das Schiff muß durch diesen Unfall einen erheblicheren Schaden erlitten haben. Als wesentlich kann hierbei nicht in Betracht kommen, ob das Schiff nur durch fremde Hilfe oder durch die eigene Schiffsmannschaft wieder abgebracht wurde, ob dies nur durch Werfung der Ladung oder auf andere Weise bewirkt wurde, und ob das Schiff durch die Strandung außer Stand gesetzt worden ist, die Reise fortzusetzen, oder dies wenigstens erst nach

---

*) Daß gewisse Gattungen von Waaren auf manchen Plätzen nur mit dieser Einschränkung versichert werden, hat mehrmals die Frage veranlaßt: „Ist der zur Versicherung der Waare von einem Auswärtigen Beauftragte befugt, eine so beschränkte Versicherung zu schließen? Pöhls Assecuranzr. Thl. I. S. 49. meint: „Nein! Der Beauftragte müsse dem Auftraggeber erst Anzeige darüber machen." Er gesteht aber selbst, daß die meisten Rechtsgelehrten die Frage bejahen, und gewiß mit Recht, denn wer seine Waare an einem gewissen Ort versichern läßt, muß auch den Platzgebrauch kennen, und wissen, daß sein Commissär seinen Auftrag nur so und nicht anders ausführen kann; s. Hamburg. Archiv. f. d. Handelsr. Bd. I. S. 29.

**) Pöhls a. a. O. Th. I. S. 254. hält dafür, daß das Festsitzen durch einen Seezufall im weiteren Sinn herbeigeführt worden seyn müsse.

vorgenommener Reparatur oder durch ungewöhnliche gefährliche und in ihren Folgen nachtheilige Anstrengungen vermochte. Entscheidend ist dabei nur die Erheblichkeit der unter diesen oder jenen Umständen, immer aber unter den sub lit. a. u. b. bezeichneten Voraussetzungen herbeigeführten Beschädigung; vorzüglich Heise u. Cropp a. a. O. Bd. I. no. IV., Hamburg. Archiv Bd. I. S. 21. Bd. II. S. 60. und die dort angeführten Präjudizien. [A. D. H.=G.=B. Art. 855—857. u. Seuffert's Archiv XI. Nr. 170.]

Zu 7) Unstreitig ist es, daß der Versicherer nicht haftet, wenn der Versicherte selbst sich auf solche Weise vergeht, oder auch nur schuldhaft den Schaden veranlaßt. Verfolgt man diesen Grundsatz in der Anwendung, so kommt man zu folgenden Ergebnissen:

I. Bei Versicherungen auf Casco.

Für Verschuldungen des Schiffers und Schiffsvolks steht der Versicherer auf Casco (Schiffskörper) nicht ein, denn Versicherter ist da nur entweder der Schiffer selbst, oder der Rheder, welcher, insofern er ihn angestellt, für seine Leute haften muß. Während man darüber wohl allgemein einverstanden ist, Pöhls a. a. O. Th. I. §. 613., Mittermaier a. a. O. §. 307. (215.), müßte man consequent den Versicherer auch von Schäden, die vom Schiffer durch Baratterie*) verursacht wurden, freisprechen, wie im Code de commerce Art. 353. geschehen ist. Indessen hat sich hier meistens eine mildere Ansicht geltend gemacht. Man sagt: betrogen zu werden, ist ein Unglück und dem Rheder nicht zur Schuld anzurechnen, denn er darf bei keinem Menschen den Betrüger vermuthen. Da müsse also die Versicherung ihm wie gegen anderes Unglück zu Hilfe kommen; Pöhls a. a. O., Mittermaier a. a. O. [A. D. H.=G.=B. Art. 824. sub. 6.]

II. Bei Versicherung auf Schiffsladung.

Hier ist das Verhältniß anders, denn der Interessent, der auf das Schiff geladenen Güter kennt den Schiffer oft gar nicht, er kann ihn wenigstens häufig nicht wählen, und kann auch nicht hindern, daß die Person des Schiffers verändert wird. Man sollte daher, wie in den Bedingungen der Lübecker Versicherungsgesellschaften anerkannt ist, dem Versicherten den Anspruch wegen des Seeunglücks immer zugestehen, ohne demselben einen Streit darüber aufzubürden, ob dasselbe nicht eingetreten wäre, wenn der Schiffer nicht gewissenlos oder wenigstens schuldhaft gehandelt hätte. Die Hamburger Assecuranzordn. Tit. 7. Art. 1. macht daher den Assecuradeur auch für des

*) Von barattare, verwechseln, betrügen.

Schiffers Schuld haftbar; s. Hamburg. Archiv Bd. I. S. 502. Die große Verschiedenheit der Gesetze und Ordnungen, welche sich außerdem auch in Hinsicht auf prinzipale oder subsidiaire Haftung des Versicherers bemerkbar macht, rührt vom Mangel der eben entwickelten Distinctionen, theils von den verschiedenen Begriffen von Baratterie her. *)

Zu 8) Daß jede wissentliche Angabe falscher Notizen, jede absichtliche und auch unabsichtliche Erzeugung eines Irrthums den Versicherungsvertrag vernichtet, ist besonders dann zweifelsfrei, wenn der Irrthum ein wesentlicher war. [A. D. H.-G.-B. Art. 812.] Wenn nun die genaue Angabe des Abfahrts- und Bestimmungsorts, meistens auch des Schiffes und hauptsächlich auch der Zeit der Abfahrt als wesentlich durch die Aufnahme in die gedruckten Formulare der Police gemäß der Assecurationsordnung charakterisirt wird, so erkennt man gewöhnlich die Ungiltigkeit des Versicherungsgeschäfts als nothwendige Folge solchartiger Unrichtigkeiten; Gründler Polemik des german. R. Thl. II. §. 346 b., Mittermaier a. a. O. §. 305., Beneke System der Assecuranzen Thl. III. S. 131. und 155. Indessen werden auch öfter leichte Versehen in der Angabe des Datums oder Abgangsortes verziehen, wenn sie keinen Einfluß auf die Sache und auf den Entschluß des Versicherers haben konnten; s. die im Hamburg. Archiv f. d. Handelsrecht Bd. II. S. 79. u. 304. angeführten Fälle. In Schmalz neuer Samml. merkw. Rechtsfälle und Entscheid. der Haller Juristenfacultät Bd. I. S. 28. ist ein Fall aufgeführt, wo, ungeachtet falscher Bezeichnung des Schiffs und des Schiffers in der Police, diese doch als verbindlich erachtet wurde. Offenbar unerheblich ist unrichtige Schreibart des Namens des Schiffers, irrige Bezeichnung seiner Nation, der Größe des Schiffs u. dgl., Pöhls a. a. O. S. 194—197. Dagegen bewirkt die Verschweigung eines wesentlich auf die Beurtheilung der Gefahr influirenden Umstandes die Nichtigkeit der Assecuranz auch dann, wenn man den wirklich eingetretenen Unglücksfall weder herbeigeführt noch vergrößert hat; Erk. d. O.-A.-G. zu Lübeck in d. Hamburger Samml. I. 2. S. 378. II. 1. S. 147.

---

*) Der engere Begriff geht immer auf böswillige Handlungen, allein häufig wird er auch auf Versehen, z. B. willkürliche Veränderung des Schiffs, der Reise, Verletzungen der Neutralität, der Zollgesetze, Nachlässigkeiten in Beischaffung der Schiffspapiere, Ladungsdocumente und dergl. ausgedehnt; vergl. Mittermaier a. a. O. §. 307. Anm. 29.

Dasselbe gilt bei Lebensversicherungsanstalten. Wenn beim Abschluß der Versicherung auf das Leben einer Person die Existenz eines körperlichen Leidens derselben verschwiegen worden ist, und auch nur eine Wahrscheinlichkeit dafür besteht, daß deren später erfolgter Tod in Folge jenes Leidens erfolgt sey, so kann die Giltigkeit der Versicherung angefochten werden; ebend. Bd. II. S. 767.

Zu 9) Da eine Ordre zur Versicherung oft durch mehrere Hände geht, ohne daß der Versicherte den Substituten seines Beauftragten kennt, oder weiß, von wem und bei wem seine Assecurirung besorgt wurde, so muß man es für genügend erkennen, wenn der Ordregeber seinem Commissionär unverzüglich die erforderlichen Nachrichten*) aufgibt, aber freilich muß er für jeden Saumsal aller Mittelspersonen einstehen; Heise u. Cropp jurist. Abh. Thl. I. no. 5., Gründler a. a. O. Thl. II. §. 347.

Zu 10) Einige sind der Meinung, daß die Verbindlichkeit des Versicherers diesfalls nicht aufgehoben werde, nur sey er nicht verbunden, denjenigen Schaden zu ersetzen, welcher auf dem veränderten Wege entstanden ist. Allein es sind ja nicht blos Verhältnisse der Oertlichkeit, sondern auch der Zeit von Einfluß auf die Gefahr. Nach dem Wesen des Versicherungsvertrags übernimmt der Versicherer die Gefahr einer in Rücksicht ihres Anfangs, Fortgangs und Endes bestimmten Reise, jenseits der genau bestimmten Grenzen des Vertrags kann für ihn keine Verbindlichkeit liegen. Damit stimmen die angesehensten Rechtsgelehrten überein, s. Hamburgisches Archiv Thl. II. S. 557. u. die dort citirten Schriftsteller, auch Gründler a. a. O. §. 349. [Vergl. A. D. H.=G.=B. Art. 817—820.]

Zu 11) Nach der Rechtstheorie scheint nur auf die mit Napoleons Code de commerce Art. 407. übereinstimmende Weise entschieden werden zu müssen:

---

*) Hinsichtlich des Zweckes dieser pflichtmäßigen Anzeigen ergeben sich drei verschiedene Arten: 1) diejenigen, durch welche der Versicherer in den Stand gesetzt werden muß, die Gefahr, welche er übernehmen will, gehörig kennen zu lernen (vergl. Fr. 4.); 2) diejenigen, welche nach geschlossenem Vertrag dem Assecuradeur von den Vorfällen Kenntniß geben, welche irgend einen Einfluß auf seine Verbindlichkeit aus dem Vertrag haben können, und ihn in den Stand setzen, seinen Willen darüber zu erklären, wie ein drohender Schade möglichst abgewendet oder ein entstandener verringert werde; — 3) diejenigen, welche einen sich ereigneten nicht mehr zu bessernden Schaden melden, um sich die demnächstige Einforderung des Schadenbetrags zu sichern; Gründler a. a. O. §. 348.

a) Ist das Aneinanderstoßen zweier Schiffe durch einen Zufall verursacht worden, so muß das beschädigte Schiff seinen Schaden tragen.

b) Wurde das Anstoßen durch Versehen des einen der Capitaine veranlaßt, so trägt derjenige den Schaden, welcher die Veranlassung gab.

c) Ist die Ursache des Anstoßens zweifelhaft, so wird das beschädigte Schiff auf gemeinschaftliche gleichtheilige Kosten ausgebessert.

Auf dem praktischen Standpunkt aber, welcher den Seegesetzen Dänemarks, Hamburgs u. a. m. zum Grunde liegt, gelangt man zu einer andern Ansicht, nämlich:

Zu a) das Aneinanderstoßen zweier Schiffe, welche im Segeln begriffen sind, muß in der Regel als ein gemeinschaftliches Unglück betrachtet, demnach der beiderseitige Schade und Verlust zusammengerechnet, sofort aber zu gleichen Theilen getragen werden.

Zu b) u. c) Auf so gewaltigem Element die Grenze zwischen Schuld und Unglück ziehen und Grade der Schuld messen zu wollen, wer getraute sich dies? Von Ersatzverbindlichkeit kann daher nur bei vorsätzlicher Beschädigung oder einer groben dem bösen Willen gleich zu achtenden Schuld die Rede seyn. Den Hamburger Statuten genügt es, daß der Ansegelnde schwöre, daß es ohne seinen Willen geschehen sey, Tit. 17. P. II. Art. 6—8. Auch d. Preuß. Landr. Thl. II. Tit. 8. §. 1911. setzt eine grobe Schuld voraus. Eine Modification dieser Grundsätze dürfte jedoch dann stattfinden, wenn ein vor Anker liegendes oder am Lande festgemachtes Schiff von einem segelnden Schiff beschädigt wird, wenn also der eine Theil sich in reiner Passivität befindet. Da muß nach Preuß. Landr. a. a. O. §. 1916. der segelnde Schiffer beweisen, daß er durch einen ganz unvermeidlichen Zufall zum An- oder Uebersegeln genöthigt worden sey. Nach gleichem Princip bestimmt, wenn umgekehrt das ansegelnde Schiff selbst und allein beschädigt wird, das Dänische Gesetz Bd. IV. Kap. 3. Art. 3—5., daß dieses allein den Schaden tragen müsse. Mehreres hierüber s. d. Hamburg. Archiv Bd. I. S. 34. Bd. II. S. 346., Gründler Polemik Thl. II. §. 350 a., Bynckershoek Qu. jur. priv. Lib. IV. c. 22., Beneke System des Assecuranz- und Bodmereiwesens Thl. III. S. 441. [Vergl. A. D. H.-G.-B. Art. 736—742. 824. 825.]

Zu 12) Es handelt sich hier um den sehr gewöhnlichen Fall, daß die versicherte Waare bei ihrer Ankunft am Bestimmungsort viel

mehr oder weniger kosten kann, als sie in der Police taxirt war.*) Muß nun der Ersatz für den verdorbenen Theil nach dem Schätzungspreis am Bestimmungsort ausgerechnet werden, so erhält der Versicherte im ersten Fall für den verdorbenen Theil vielleicht soviel, als die ganze Waare zusammen in der Police veranschlagt war, im zweiten Fall bekommt er vielleicht ein so Geringes, daß es mit der Größe der Taxe in der Police in gar keinem Verhältniß steht. Man möchte nun wohl sagen: darüber könne kein Zweifel obwalten, daß das pretium conventum dem Calcul zur Grundlage dienen müsse, allein es bleibt bezüglich der bemerkten Differenz, und um den eigentlichen Umfang der Assecuranz zu bestimmen, noch die wichtige Frage übrig: ist sie bestimmt, den Versicherten in den Stand zu setzen, worin er bei glücklicher Ankunft der Waare gewesen seyn würde, oder nur in denjenigen Zustand, in welchen er sich vor Anfang des Unternehmens befunden hat? Nach der letzten Supposition, welche Glück Thl. XXI. S. 205. annimmt, würde, wenn die Waare beschädigt ankäme, aber im Preis inzwischen so hoch gestiegen wäre, daß das Verkaufs-Provenû mehr betrüge, als die taxirte Summe, der Assecuradeur gar nichts zu bezahlen haben, obgleich die Waare Schaden gelitten und er die Gefahr übernommen hatte. Wäre umgekehrt die Taxe zu hoch nach dem hohen Einkaufspreis angesetzt, die Waare aber indessen heruntergegangen und also um so viel wohlfeiler verkauft worden, so würde der Assecuradeur offenbar nicht blos den durch Beschädigung entstandenen Verlust, sondern auch die fehlgeschlagene Conjunctur vergüten müssen, und so der Versicherte sich auf Kosten des Assecuradeurs besser stehen, als wenn die Waare unbeschädigt angekommen wäre. Hiernach scheint beim Mangel besonderer Verabredung oder particularrechtlicher Bestimmung nur dieses als das richtige Verfahren, daß bei particularen Schadensberechnungen im Fall taxirter Policen bei Ausmittelung der zu zahlenden Entschädigung nicht die Summe, welche der Assecuradeur gezeichnet hat, sondern der durch Verkauf der Waare im unbeschädigten Zustand am Bestimmungsort sich ergebende Werth des versicherten Gegenstandes zum Grunde gelegt und dann auf die gezeichnete Summe repartirt wird, Pöhls Assecuranzrecht

*) Die Taxe in der Police befreit den Versicherten von weiterem Beweis des Werths der Waare, dem Versicherer ist aber dadurch der Beweis nicht abgeschnitten, daß entweder aus Irrthum oder böser Absicht der Werth um ein Beträchtliches zu hoch angegeben worden sey; Pöhls a. a. O. S. 220. §. 591.

Thl. I. §. 564.*) Dagegen möchte man vielleicht einwenden, daß, wenn man den Verkaufswerth zum Grunde legen wolle, die Taxe in der Police keine Bedeutung hätte; allein diese hat sie allerdings in Fällen totaler Schäden, und auch bei partiellen Schäden, wenn die Waare ihren Bestimmungsort nicht erreichen kann, sondern anderwärts verkauft werden muß. Auf solche Fälle, wo außerdem der Werth der Waare ohne außerordentliche Schwierigkeiten nicht zu ermitteln wäre, muß man die Taxe in der Police nach ihrem auf Erleichterung des Beweises gehenden Zweck beschränkt annehmen,**) um nicht in Widerspruch mit dem Zweck der Assecuranz zu gerathen, daß der Versicherte eben das haben soll, was er ohne die die Waare betroffene Beschädigung gehabt haben würde, mithin die Berechnung des Schadens auf den möglichen Verkaufspreis der versicherten Waare am Bestimmungsort gegründet werden müsse. Man kann dagegen auch nicht einwenden, daß Versicherungen nicht auf imaginairen Gewinn***) gehen sollen, denn der zufällige Mehrwerth der Waare ist etwas Reelles, Trummer im Hamburg. Archiv Bd. I. S. 441. [Vergl. A. D. H.-G.-B. Art. 797. u. 879.]

Zu 13) Diese Frage ist besonders dann von Bedeutung, wenn eine Assecuranz-Compagnie blos große Haverei, nicht aber particulaire Haverei, oder doch nur bestimmte Procente dieser letzteren gewährt. Nun unterscheidet sich in der Wirkung die große und die particulaire Haverei dadurch, daß die in erstere fallenden Schäden von Schiff und Ladung gemeinschaftlich getragen werden müssen, wogegen die zur particulairen Haverei gehörenden Schäden blos denjenigen zur Last fallen, welchen die von der Haverei betroffenen Gegenstände gehören.

---

*) Andere Berechnungsarten s. Benecke a. a. O. Bd. I. S. 405. u. 415. z. B. man zieht den reinen Ertrag, den jetzigen Werth des Gegenstandes, von der Taxe ab, und sieht den Rest als die Schuld des Versicherers an; oder man nimmt den Werth des ganzen unbeschädigten Objects am Bestimmungsort, schlägt darnach den Betrag der Beschädigung zu Prozenten an, und berechnet diese Prozente von der Taxe. Für die letztere Methode hat sich das Preuß. Landr. bestimmt Th. II. Tit. 8. §. 1861. 1866. 2265—68. Der Code de commerce Art. 339. sieht zunächst auf den Einkaufspreis der Waaren, und nur etwa bei ermangelnder Nachweisung desselben auf den Marktpreis der Waaren.

**) Auch ausdrücklich ist er in mehreren Assecuranzordnungen darauf beschränkt; Trummer im Hamburg. Archiv Bd. I. S. 466.

***) Allerdings sollen sie auch nicht in eine Wette ausarten, weshalb auch bei Lebensversicherungs-Anstalten ein besonderes Interesse an dem zu versichernden Leben eines Andern erfordert wird; Mittermaier a. a. O. §. 304. (212.)

[A. D. H.=G.=B. Art. 702. 703.] Versteht man daher unter particulärer Haverei denjenigen Schaden, welcher dem Schiff allein oder der Ladung allein zustößt, Mittermaier a. a. O. §. 315., Eichhorn a. a. O. §. 115., so würde der Assecuradeur, welcher nur avarie grosse versichert hat, niemals für den dem Schiff zugestoßenen Schaden einzustehen brauchen, wenn es mit Ballast fährt, weil dann der Schade nur dem Schiff allein zustößt, und nur zum alleinigen Besten des Schiffes der Aufwand gemacht werden muß. Der Assecuradeur wird dann auch deswegen am meisten sich gegen die Vergütung zu weigern geneigt seyn, weil er bei der avarie grosse auf die Mitleidenheit der Ladungs=Interessenten zu rechnen hatte, welche nun mangelt. Allein nach richtigen Begriffen von der avarie grosse kann man den Versicherer gleichwohl nicht frei lassen. Das Princip derselben beruht auf der lex Rhodia de jactu: ut omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datur. Große Haverei kann daher immer nur ein größeres Seeunglück seyn, welches nicht allein das Schiff, sondern auch die Ladung in solche dringende Gefahr setzt, welche nur durch sehr kostspielige Mittel gewendet werden kann. Große Haverei bleibt es demnach objectiv doch immer, das Schiff mag nun beladen seyn oder nicht, und so ist man gewohnt, bei Beschädigungen des Schiffes die unbedeutenderen von den gefahrvolleren zu unterscheiden, indem man z. B. Brechen der Maste und Ankertaue, zufälliges Stranden, das Wegreißen eines Segels durch den Wind u. dergl. zur particulairen, dagegen das Prangen, das Kappen eines Mastes oder Ankertaues, das absichtliche auf den Strand Setzen des Schiffes, die Unkosten für dessen Flottmachung u. dergl. zur avarie grosse et commune rechnet. Man gelangt auf solche Weise zu dem Princip: alle Schäden und Kosten, welche, wenn das Schiff eine Ladung gehabt hätte, zur großen Haverei gehören würden, müssen auch bei dem mit Ballast fahrenden Schiffe dahin gerechnet werden, Heise und Cropp a. a. O. Bd. I. no. 28., Eichhorn a. a. O. §. 115. S. 324. Anm. f., Pöhls a. a. O. Th. I. S. 277. Daher gehört es auch nach den Bedingungen der Hamburgischen Assecuranzcompagnieen v. J. 1800 zu den vom Versicherten dem Versicherer pflichtmäßig zu machenden Anzeigen, wenn ein zu versicherndes Schiff mit Ballast fährt, Benecke System Thl. III. S. 36. — Unter avarie grosse werden zwar unbestritten auch die Kosten begriffen, welche durch längeren Aufenthalt des Schiffers in einem Nothhafen erwachsen, in welchen der Schiffer einläuft, um Schiff und Ladung aus Gefahr zu retten, Mittermaier deutsch. Privatr. §. 315. (Ed. 7.), aber nicht die Kosten, welche mit einem

etwa durch Kriegsgefahren verursachten längeren Verweilen im Abgangshafen verbunden sind, also vor angetretener Reise; s. Erk. d. O.-A.-G. zu Lübeck in Seuffert's Archiv Bd. VI. S. 349. Beim Ausbruch eines Kriegs steht es übrigens jedem Theile frei, von einem vorher abgeschlossenen Befrachtungs-Contracte zurückzutreten; ebend. S. 350.

Zu 14) Diese Frage ist aus den zur Fr. 2. bemerkten Gründen zu verneinen; v. Martens Handelsr. §. 209., Mittermaier a. a. O. §. 304., Pöhls a. a. O. Thl. I. S. 107. [A. D. H.-G.-B. Art. 792.] Inwiefern es erlaubt sey, bei See-Assecuranzen die Assecuranzprämie in die Versicherungssumme einzurechnen, s. Heise und Cropp a. a. O. Bd. II. S. 579., deren Urtheil dahin geht: die Mitversicherung der Prämie ist erlaubt, so oft dieselbe nur dahin führt, dem Versicherten den vollständigen Ersatz seines erlittenen Schadens oder entbehrten Gewinns zu verschaffen; sie wird hingegen unerlaubt, sobald in Folge derselben der Versicherte bei eintretendem Unglück mehr ersetzt erhielte, als ihm durch dasselbe entgeht; Hamb. Assec. O. T. 3. Art. 3.

Zu 14a) Man könnte zur Bejahung dieser Frage durch die Betrachtung veranlaßt seyn, daß die frühere Beschädigung wirkungslos wurde durch den gänzlichen Untergang der Sache, und nun eine beschädigte Sache gar nicht mehr existirt. Ungeachtet dafür englische und amerikanische Entscheidungen von Pöhls a. a. O. Thl. I. S. 290. angeführt werden, möchte man sich doch für die entgegengesetzte Meinung gestimmt finden; denn da die spätere Gefahr außerhalb des Contractes liegt, so ist sie auch für den Assecuradeur nicht als existirend anzusehen, für welchen sie ebensowenig in Betracht kommt, als wenn sie sich später auf dem Lande zugetragen hätte, hingegen war der frühere Schade nicht erst nach Beendigung der Reise, sondern in dem Augenblick seiner Existenz zu Lasten des Versicherers.

Zu 15) Wenn der Versicherer in Concurs fällt, so muß der Versicherte, wenn er Schaden erlitten hat, ihn im Concurs liquidiren, kann aber, so lange der Schaden nicht eingetreten ist, die Aufhebung des Vertrags verlangen, wenn nicht die Gläubiger es vorziehen, sich selbst als Versicherer zu erklären, und deshalb Caution stellen. Gleiche Rechte, die Auflösung des Vertrags zu verlangen, hat auch der Versicherer, wenn der Versicherte fallirt, und die Prämie noch nicht bezahlt hat. Fallirt der Assecuradeur, so kann der Versicherte bei einem Anderen Versicherung zeichnen und vom Versicherer die Prämie zurückfordern, muß aber, wo besondere Ordnungen hierüber bestehen,

die neue Assecuranz dem Massacurator des ersten Versicherers anzeigen, s. Mittermaier a. a. O. und die in Anm. 16. angeführten Particulargesetzgebungen.

Zu 16) Meistens ist in Assecuranzsachen durch Particularrechte eine kürzere als die gemeinrechtliche Verjährungsfrist bestimmt, Pöhls Assecuranzr. Bd. II. S. 761. Der Anfangspunkt derselben bestimmt sich bei Totalschäden auf die Zeit, wo dieser gehörig bekannt geworden ist, oder gesetzlich vermuthet wird, bei Particularschäden von der Zeit, wo diese constatirt wurden oder werden konnten; Martens Grundriß d. Handelsr. §. 216.; vergl. Buchholtz Versuche über verschiedene Rechtsmaterien S. 160. von der Präscription in Assecuranzsachen. [A. D. H.=G.=B. Art. 910.]

Brandversicherung.

Zu 17) Nach allgemeiner Gewohnheit wird nur der vom Versicherten vorsätzlich verursachte Schade nicht vergütet, culpa kann nur soweit in Betracht kommen, als der Grundsatz es mit sich bringt: culpa lata aequiparatur dolo, doch herrscht in den Statuten über den Fall der culpa lata viel Verschiedenheit, Mittermaier a. a. O. §. 302. Anm. 24.

Zu 18) Obgleich bei der See=Assecuranz gar kein Zweifel gegen die Bejahung dieser Frage obwaltet [A. D. H.=G.=B. Art. 824. sub 2.], so ist sie doch nicht so entschieden, wie Mittermaier a. a. O. §. 302. annimmt, bei jedem durch Krieg entstandenen Brandschaden zu bejahen. Wohl mag einzelnes zufälliges Brandunglück, das sich im Krieg ereignet, keine Ausnahme von der Verbindlichkeit der Brandassecurationsanstalt begründen, aber wenn aus Kriegsraison z. B. ein Dorf, es sey nun vom eigenen oder vom feindlichen Heer niedergebrannt wird, so möchte doch wohl der Fall eine eigene Beurtheilung erheischen. Zwar entgegnet man: eine Brandversicherungsanstalt muß als das, wofür sie sich selbst erklärt, nothwendig für jeden Brand aufkommen, soweit ihre Statuten keine Ausnahme enthalten.*) Aber liegt hier nicht eine in der Natur des Instituts von selbst begründete Ausnahme vor? Niemand leugnet, daß nach allgemeinen Grundsätzen die Versicherungsanstalt nicht für vorsätzlich vom Versicherten angestifteten Brand einstehe. Man darf aber auch wohl

*) Aus diesem Grund condemnirten die Zelleschen Tribunale die Brandassecurationssocietät in die Einschätzungssumme der auf Befehl des Marschalls v. Richelieu zur Deckung des Rückzugs der Armee niedergebrannten Häuser in der Vorstadt von Zelle; Hagemann prakt. Erörterungen Bd. VII. S. 317.

behaupten, daß die Grundidee derselben im Allgemeinen nur auf Brandunglück gerichtet ist, nicht auf Willenshandlungen, welche doch immer der Wollende vertreten muß, wenn er nicht das Recht dazu hat. Die Feuerversicherungsanstalt ist nach diesem ihrem Princip auch immer nur auf das unvermeidliche Uebel, nämlich soweit es nicht durch die Löschanstalten beseitigt werden kann, berechnet, in dem aufgestellten Fall kann und darf aber Niemand dem Brand entgegenwirken. Die Brandversicherungsanstalt würde also durch eine ihrer Natur und daher auch ihren Kräften unangemessene Zumuthung ganz über die Grenzen ihrer nur subsidiairen Bestimmung hinausgedrängt werden. Subsidiair ist ihre Bestimmung auch insofern, als der Brand als casus, quem nemo praestat, erscheint, Kriegsschäden aber immer prästirt werden, entweder vom Feind, wenn er besiegt wird,*) oder aus der Kriegskostenperäquationskasse des Landes oder der Provinz. Unserer Meinung ist v. Weber über die Repartition von Kriegsschäden §. 88—97., Bodmann von Kriegsschäden S. 52. 128. u. 261.

Zu 19) Ohne besondere Landesgesetze kann der Brandsocietät, auch wenn sie eine Landesanstalt ist, kein Vorrecht im Concurs ihrer Mitglieder zugesprochen werden, da dieses Institut nur im Interesse seiner Mitglieder und nicht zur Bestreitung allgemeiner Landeslasten Einnahmen bezieht und verwendet, v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. II. S. 322., Mittermaier a. a. O. S. 89., Gründler Polemik d. german. Rechts Bd. II. §. 342.

---

§. 291.

Wittwen-Pensions-Versicherungen.

Dergleichen Institute beruhen gewöhnlich auf einem freiwilligen, wenn auch nicht einen Societätscontract im Sinne des R. R. involvirenden,**) doch gesellschaftsartigen Zusammentreten Mehrerer, deren

*) So erhielten in Gemäßheit der Pariser Friedensschlüsse v. 30. Mai 1814 u. 20. Novbr. 1815 Art. 9. u. der additionellen Convention de eod. Art. 2. no. 9. die Eigenthümer der während der Belagerung von Hamburg auf Befehl des Marschalls Davoust auf der Insel Wilhelmsburg ꝛc. niedergebrannten Gebäude vom Französischen Gouvernement eine Entschädigung, welche der Brandassecurationssumme wenigstens gleichkam.

**) Pfeiffer in der Zeitschr. f. deutsch. Recht Bd. IX. S. 440.

Rechte und Verbindlichkeiten in Beziehung auf den Gegenstand ihres gemeinschaftlichen Interesse durch ein landesherrlich bestätigtes Statut näher bestimmt sind. Die also zusammentretenden Personen verpflichten sich zu gewissen, jedoch über ihre Lebensdauer nicht hinausgehenden Beiträgen, um dagegen ihren künftigen Wittwen und Waisen einen Anspruch auf einen bestimmten jährlichen Genuß aus der durch diese Beiträge gebildeten Kasse zu erwerben. — In der Person der Wittwen und Waisen entstehen auf diese Weise Gläubiger des Instituts. Daß ihnen die creditorischen Rechte nicht unmittelbar, sondern durch die Handlungen ihrer Ehemänner resp. Väter erworben sind, kann sie an deren selbständiger Verfolgung nicht hindern, da nach heutigen Rechten auch zu Gunsten eines Dritten, wenn dabei ein eigenes Interesse obwaltet, giltig paciscirt werden kann. Der Wittwe muß daher dieselbe Klage aus dem Statut (lex contractus), welche ihrem verstorbenen Ehemann zugestanden wäre, utiliter eingeräumt werden, wenn nur ihr Ehemann seinerseits die ihm statutenmäßig obliegenden Verbindlichkeiten vollständig erfüllt hat. Unsicherheit der Bilanz legt nur zu häufig in diese Institute den Keim zu Streitigkeiten, welche zu folgenden Fragen Anlaß geben:

1) Ist der Pensionsanspruch der Wittwen auf die Zulänglichkeit der regelmäßigen Einkünfte des Instituts, ohne den Capitalfond anzugreifen, beschränkt?

2) Wenn in dem Statut vorgesehen ist, daß, wenn mehrere Wittwen zu unterhalten seyn würden, als aus den jährlichen Zinsen des Hauptfonds und den ordentlichen jährlichen Beiträgen der Mitglieder bestritten werden kann, die Mitglieder zu außerordentlichen verhältnißmäßigen Beiträgen verbunden seyen, können dann auch noch die Erben verstorbener Mitglieder nachträglich zu solchen angehalten werden, wenn es nun darauf ankommt, die an den Wittwenpensionen bei der Unzulänglichkeit der eben bemerkten Zahlungsmittel aufgewachsenen Pensionsrückstände nachzuzahlen?

3) Wenn dergleichen Rückstände zu hoch angewachsen sind, daß durch deren nachträgliche Abführung das Interesse sämmtlicher Wittwen bei der Fortzahlung der laufenden Pensionen gefährdet werden könnte, ist es dann dem Richter, wenn er auch gemäß den Statuten auf Zahlung jener Rückstände erkennen muß, gestattet, mit dieser Zuerkennung eine das Gesammtinteresse sichernde Maßregel zu verbinden?

4) Wenn in dem Statut den Wittwen die Pension in einem gewissen Quanto dergestalt zugesichert ist, daß niemals eine Schmälerung eintreten soll, demungeachtet aber, wegen Unzulänglichkeit der vorhandenen Mittel die Pensionen nur in verminderter Maße ausgezahlt wurden, und die Wittwen sich dieses 30 Jahre lang haben gefallen lassen, ist dann eine Nachforderung des zu wenig Gezahlten, wenngleich die auf die geringere Summe ohne Vorbehalt ausgestellten Bescheinigungen noch keineswegs als ein Verzicht auf das Mehrere der Angebührniß ausgelegt werden können, nicht wenigstens durch Extinctivverjährung gänzlich ausgeschlossen?

Zu 1) Aus diesem Grund allein, daß das Capital nie angegriffen werden dürfe, könnte eine Reduction der Wittwenpensionen nicht gerechtfertigt werden. Selbst eine Stimmenmehrheit der Mitglieder könnte dies nicht bewirken, indem die Wittwen ihnen als Gläubiger gegenüber stehen, welche einen ohne Bedingung und Einschränkung erworbenen Anspruch in bestimmter Quantität zu behaupten vermögen. Nur wenn die Stabilität des Instituts durch den Angriff des Fonds gefährdet und die Unnachhaltigkeit der Mittel nachgewiesen wird, erscheint eine Reduction auf die Grenzen des Möglichen auch gegen einen eigensinnigen Widerspruch begründet, quia ad impossibilia non datur obligatio.

Zu 2) Unstreitig haften zwar die Erben der Mitglieder für die bei Lebzeiten ihrer Erblasser bereits festgestellten und repartirten außerordentlichen Zuschüsse; wie aber, wenn eine solche außerordentliche Verbindlichkeit gegen die verstorbenen Mitglieder bei ihren Lebzeiten von Seite des Instituts nicht geltend gemacht und weder in quali noch in quanto gegen sie festgestellt war? Zwar könnte man sagen, durch diese Versäumung von Seite der Direction werde noch kein Verzicht begründet, aber von anderer Seite kommt in Betracht, daß gegen die Erben nicht aus einem Vertrag geklagt werden könne, welchen sie nicht geschlossen haben, und aus welchem ihr Erblasser nur eine auf seine Lebensdauer eingeschränkte Verbindlichkeit eingegangen hat. Aus diesem Grunde wurden von dem Oberappellationsgericht zu Cassel die Erben, welche sich auf Ansprüche aus einem durch den Tod ihres Erblassers geendigten Vertrag einzulassen nicht schuldig zu seyn glaubten, entbunden, Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. VIII. S. 236. u. 269.

Zu 3) Wenn ein solches Mißverhältniß eingetreten ist, daß für die laufenden Pensionen die Mittel zu schwinden drohen, falls jene Rückstände voll bezahlt würden, sowie überhaupt, wenn das Gleichgewicht der Mittel und der Obliegenheiten der Anstalt zu schwanken beginnt, so ist es Pflicht der Direction, indem sie als bloße Verwalterin anvertrauten Vermögens die Rechte der einen wie der anderen Betheiligten zu wahren hat, den rechtswidrigen Zustand, daß Rechte Einzelner auf Kosten anderer gleich begründeter Rechte befriedigt würden, durch Reductionspläne zu verhüten, welche geeignet sind, die verschiedenen Ansprüche in das Gleichgewicht zu setzen. Hierzu muß das Gericht durch ein Provisorium auch im Fall erfolgender Widersprüche die Sache leiten, denn wenn nicht entweder in den Statuten die Mitglieder sich verbunden haben, jeden Ausfall durch außerordentliche jährliche Zuschüsse zu decken, oder alle einstimmig die Ausgaben mit den Einnahmen für immer in ein unfehlbar gleichstellendes Verhältniß durch erhöhte Beiträge zu setzen, sich verstehen, so gibt es kein anderes rechtliches Auskunftsmittel als die Herabsetzung sämmtlicher Pensionsansprüche, Pfeiffer a. a. O. Wenn aber genannter Autor dafür hält, daß der Reductionsbeschluß nicht gegen diejenigen Wittwen zum Vollzug kommen könne, deren Ehemänner bereits vor diesem Beschlusse verstorben waren, weil sie keine eigentlichen Mitglieder des Pensions-Vereins sind, sondern demselben als Gläubiger gegenübestehen, so kann man dem wohl nicht beistimmen. Hat sich der Verein bei Abfassung der Statuten künftige Abänderungen der Statuten vorbehalten, so haben diese Wittwen ohnedies kein Recht auf eine unwiderrufliche Größe der Pension erlangt, ist dies aber auch nicht der Fall, so prävalirt doch das dem Verein zum Grund liegende Princip der Gleichberechtigung aller Wittwen, daher die bei Vertragsverhältnissen nach l. 219. D. 50. 16. hauptsächlich entscheidende Absicht der Contrahenten nicht dahin unterstellt werden kann, daß der Verein den Versicherten eine unwandelbare Größe der Unterstützungen habe zusichern wollen, denn bei der Möglichkeit ungünstiger Ereignisse, oder einer unrichtigen Berechnung und Auffassung seiner Leistungsfähigkeit hätte der Verein durch Einräumung eines Anspruches auf ein bleibendes Quantum von Pensionen nicht nur das Princip der Gleichberechtigung aller Interessenten, sondern auch seinen Bestand selbst gefährdet; s. Erkennt. d. O.-A.-G. zu München in Seuffert's Archiv Bd. III. S. 132. und dessen Bl. für Rechtsanw. Bd. XV. no. 1. Das Recht jeder dermaligen oder künftigen Wittwe ist nach der Natur der Sache durch die Concurrenz der Versicherten

und durch die Möglichkeit der Existenz des Vereins selbst bedingt und beschränkt.

Zu 4) Solche jährliche Leistungen, welche in einem Obligationsverhältnisse gegründet sind, können immer nur einzeln durch Verjährung erlöschen, quot praestationes tot praescriptiones, l. 7. §. 6. C. 7. 39.; die obligatio selbst aber, oder das ihr gegenüberstehende Klagrecht kann nur dann erlöschen, wenn der Verpflichtete die Schuldigkeit verneint, und der Berechtigte sich dabei 30 Jahre lang beruhigt hat. Außerdem kann eine Extinctivverjährung nicht eher beginnen, als eine Klage angestellt werden konnte, welche doch vor dem Fälligwerden einer jeden periodischen Leistung nicht geboren ist, denn ein Klagrecht darauf, daß der Andere eine zur Zeit noch nicht einmal widersprochene und erst in späterer Zeit zu erfüllende Verbindlichkeit vorläufig anerkennen solle, gibt es nicht; v. Savigny System Bd. V. S. 312., Thibaut Besitz und Verjährung §. 60., Pfeiffer a. a. O. §. 8.

§. 292.

3. Verbindlichkeiten des Verkäufers.*)

Bekanntlich geht das Forderungsrecht des Käufers auf Ueberlieferung des Kaufobjects nebst den ausdrücklich oder stillschweigend, l. 47.—49. l. 67. D. 18. 1., mitverkauften Accessionen, zugleich aber auch auf das commodum rei, d. i. auf alle der Sache accedirenden Vortheile, die den Käufer getroffen hätten, wenn die Erfüllung zugleich mit der Entstehung der Verbindlichkeit geschehen wäre. Hieran knüpft sich die Frage:

1) Was hat der Verkäufer zu prästiren, wenn die Sache vor der Ueberlieferung durch Zufall oder Nachlässigkeit zu Grunde geht oder verschlechtert wird?
2) Kann der Käufer, welchem vom Verkäufer die Auslieferung der gekauften Waare beharrlich verweigert wird, zur eidlichen Erhärtung des Interesse**) gelassen werden?

---

*) S. oben im allgem. Theil Kap. V. §. 244. 245. von der Verpflichtung zur Gewährleistung wegen heimlicher Mängel und versprochener Eigenschaften, dann wegen Eviction.

**) Vergl. oben allgem. Theil Kap. II. §. 218. vom Interesse und Schadenersatz. Eigenthümliche Ansichten über Bestimmung des id quod interest, wenn die Uebergabe der Sache gar nicht oder verspätet erfolgt, Kritz Samml. von Rechtsfällen Bd. III. S. 289.

3) Was hat der Verkäufer in Ansehung der Qualität und Quantität der Sache zu prästiren?
4) Ist der Verkäufer im Fall zu später Lieferung blos ad interesse verbunden oder auch die Verweigerung der Annahme der Waare von Seite des Käufers Platz greifend?
5) [Hat der Käufer das Recht, die Abtretung des Anspruchs auf die Versicherungssumme, bez. deren Betrag vom Verkäufer zu verlangen, wenn die Waare nach Perfection des Kaufs untergegangen ist?]

Zu 1) Daß, sobald der Kaufvertrag perfect ist, die Gefahr auf den Käufer übergeht, ist schon vorhin im §. 280. bemerkt worden (s. auch oben §. 234. zu Fr. 1.). Daß der Verkäufer inzwischen ad diligentiam et custodiam verbunden sey, ist gegen die von Löhr Theorie der culpa §. 23. no. 4. S. 150 ff. aufgeworfenen, von Gensler im civilist. Archiv Bd. I. S. 416 ff. widerlegten Zweifel allgemein anerkannt; l. 35. §. 4. D. 18. 1. Dazu gehört z. B., daß der Verkäufer eines Hauses sich von seinen Nachbarn die cautio damni infecti bestellen lassen muß; l. 36. D. 19. 1. — l. 18. §. 8. 9. l. 38. pr. D. 39. 2. Dabei sind indessen noch Modificationen zu beachten:

a) Es gibt Gegenstände, für welche, wie z. B. bei Vernunftwesen, keine custodia ausführbar ist, s. l. 21. D. 6. 1., servi de regula custodiri non solent; da ist denn der Verkäufer nur zu der einem bonus paterfamilias eigenen Diligenz überhaupt verbunden.
b) Wenn die custodia da, wo der Verkäufer schon nach der Natur des Rechtsgeschäfts von selbst zu derselben verpflichtet ist, auch ausdrücklich durch ein pactum adjectum von ihm übernommen worden ist, so müßte nach §. 3. J. 3. 24.*) die custodia in einem noch ausgedehnteren Sinn, nämlich die Gefahr in sich begreifend, genommen werden, Gensler a. a. O. S. 476. Dagegen meint Thöl Handelsr. §. 77., auf einen Abschluß in deutscher Sprache sey dies mit richterlichem Tact anzuwenden, und darauf zu achten, ob die Interessenten durch Beredung

*) Animadvertendum erit, an custodiam susceperit. Sane enim si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet; si non susceperit, securus est.

des ohnehin Geltenden mehr als dieses, wie in lege cit. angenommen wird, oder nur eben dieses bereden wollten.

c) Ersucht der Käufer den Verkäufer, die Waare bis zur Abholung an einem bestimmten Ort lagern zu lassen, so kann der Verkäufer wohl nicht in Anspruch genommen werden, wenn sie dort gestohlen wird, Hamburg. Archiv f. d. Handelsr. Bd. I. S. 299.

Zu 2) Für die von Walch controv. jur. civilis pag. 600. §. 12. vertheidigte Affirmative scheint besonders l. 5. D. 12. 3. und l. 3. §. 2. D. 13. 6. zu sprechen, Marcianus generaliter definit, jurari in litem in bonae fidei judiciis, zu welchen doch der Kaufcontract gehört, auch ist das böswillige Verweigern des dare und praestare wohl nicht wesentlich verschieden von jenem des restituere und exhibere, wo der Würderungseid unstreitig eintritt. Allein, wie schon oben §. 218 zu Fr. 5. bemerkt wurde, soll eben doch außer den Fällen, wo es auf ein restituere oder exhibere ankommt, der Würderungseid nur dann zugelassen werden, wenn der zugefügte Schade nicht anders ermittelt werden kann, und l. 4. C. 4. 49. de act. emti verweist ausdrücklich auf richterliche Arbitrirung des Interesse; Donell. Comm. Lib. XXVI. cap. 8. Demzufolge hat blos Schätzung durch Experten oder allenfalls aestimatio a judice facienda stattzufinden; Voet Comm. ad Pand. Lib. 12. tit. 3. §. 5., Cocceji J. C. Lib. 12. tit. 3. qu. 4. In Flach Entscheid. d. Herzogl. Nass. O.-A.-G. zu Wiesbaden Thl. II. no. 6. wird nachgewiesen, daß weder der Käufer noch der Pachter ob rem non traditam zum juram. in litem zuzulassen, sondern daß da, wo wissentlicher und freiwilliger Vertragsbruch den Schaden veranlaßt, dessen Ermittelung auf bloßen Conjecturen und Wahrscheinlichkeitsgründen beruht, nur eine Probabilität verlangt werde, arg. l. 12. D. 19. 1. und wenn auch die Expertise der Kunstverständigen Manches im Ugewissen läßt, doch lediglich aestimatio a judice facienda eintrete, l. 4. C. 4. 49., da lediglich der Vertragsbruch des Beklagten das Gewisse in das Ungewisse verwandelt hat, und es also auch billig ist, daß er, indem die Auslegung in dubio gegen ihn geschieht, die Folgen dieser selbstverschuldeten Ungewißheit trage.

Zu 3) Der Verkäufer muß ohne Rücksicht auf sein diesfallsiges Wissen oder Nichtwissen für das ausdrücklich verabredete oder im Verkehr angenommene Maß und Gewicht einstehen, l. 69. §. 6. D. 21. 2. — l. 2. pr. l. 4. §. 1. l. 6. pr. §. 4. l. 32. D. 19. 1., und für die zur Zeit des Kaufsabschlusses bestandene gehörige Beschaffenheit und Fehlerlosigkeit haften, l. 45. D. 18. 1. — l. 11.

§. 7. 8. l. 13. pr. §. 1. l. 22. l. 34. D. 19. 1., worunter bei gebrechlichen Sachen auch deren Integrität verstanden wird, l. 6. §. 4. D. 19. 1. — l. 33. pr. D. 21. 1., vergl. Neustetel römisch-rechtl. Unters. Bd. I. S. 165, Unterholzner im civil. Archiv Bd. VI. S. 60.; doch erstreckt sich die Verbindlichkeit des Verkäufers weder auf ganz unbedeutende Fehler, l. 1. §. 8. l. 4. §. 6. l. 6. §. 1. 2. l. 10. §. 2. 5. l. 11. l. 12. §. 1—4. l. 14. §. 4. 6. l. 38. §. 8. D. 21. 1. — l. 54. D. 18. 1., noch auf augenfällige, insbesondere auf letztere selbst dann nicht, wenn die Fehlerlosigkeit ausdrücklich zugesichert war, l. 43. §. 1. D. 18. 1. cf. l. 15. §. 1. D. eod. Gesterding im civil. Archiv Bd. IV. no. 5., sowie auch die der Sache beigelegten Vorzüge nicht allzustreng, sondern nach einem billigen und mäßigen Maßstab zu beurtheilen sind; l. 18. pr. l. 19. §. 4. D. 21. 1. — Im Handelsverkehr wird gewöhnlich angenommen, daß der Verkäufer seiner Obliegenheit genüge, wenn er gute unverdorbene Waare mittlerer Qualität liefert, Heise u. Cropp Abhandl. Bd. I. S. 210. [A. D. H.-G.-B. Art. 335.] Ueber die Concurrenz der Aedilischen Klagen mit der act. emti s. oben §. 244. S. 366. Anm.

Zu 4) Es scheint zwar, daß Letzteres nur im Fall eines angehängten pactum commissorium oder einer beigefügten Resolutivbedingung angenommen werden könne, und daß der Verkäufer durch ein späteres Anerbieten noch moram purgiren könne, l. 73. §. 2. D. 45. 1. — l. 84. l. 91. §. 3. D. eod. In Handelsgeschäften ist es aber ziemlich allgemein angenommen, daß die Zeitbestimmung als Bedingung anzusehen sey, Thöl Handelsr. Bd. I. §. 87., und daß, wo die Regel dies interpellat pro homine eintritt, keine purgatio morae Platz greife, jedoch ein für den Gläubiger unbedeutender Zeitunterschied nicht schade; Thibaut System Thl. I. §. 100. Anm. e. [A. D. H.-G.-B. Art. 355.]

Zu 5) [Wenn eine versicherte Sache verkauft wird, und dieselbe nach der Perfection des Vertrags casuell zu Grunde geht, so scheint es, daß der Verkäufer sowohl die Versicherungssumme als auch den Kaufpreis zu erheben befugt ist, und somit die ganze Last des Unfalls ungetheilt dem Käufer zufällt, denn der Verkäufer verwirkt nicht an sich schon durch Veräußerung der Sache den auf sie bezüglichen Versicherungsanspruch, wie Lippmann in Ihering's Jahrbb. VII. S. 25. unter Beziehung auf d. A. D. H.-G.-B. Art. 904. mit Recht bemerkt, und das Versicherungsverhältniß ist ein dem Kaufgeschäft ganz fremdes (res inter alios acta). Um der Unbilligkeit zu begegnen, welche in jener Gestaltung liegen würde, und einen Anspruch des Käufers

auf die Versicherungssumme zu begründen, sind verschiedene Wege eingeschlagen worden, so von Fr. Mommsen Erört. I. S. 116—123. und von Jhering in s. Jahrbb. III. S. 472—474., worüber die treffenden Bemerkungen Lippmann's a. a. O. S. 23—27. zu vergleichen sind. Letzterer selbst geht davon aus, daß der Gedanke, der ursprüngliche Anspruch auf die Leistung erstrecke sich von selbst auf das Surrogat der geschuldeten Leistung, in den Quellen vielfach zur Geltung gebracht sey, so in l. 17. D. 6. 1. Von diesem Gesichtspunkt aus ergäbe sich, wie Lippmann im Einklang mit Windscheid Pand. §. 248. Anm. 9. annimmt, die Erstreckung des Pfandrechts auf die Versicherungssumme (vergl. oben Bd. II. §. 125. zu Fr. 17.), und ebenso die Entscheidung der oben gestellten Frage. Es gehen nämlich die Quellen von der billigen Annahme aus, daß bei gegenseitigen Obligationen das Gleichgewicht zwischen den beiden Contrahenten möglichst erhalten werden solle, woraus folgt, daß, wenn von einer Seite die eigentlich geschuldete Leistung unmöglich geworden, sich aber in den Händen des zur Leistung Verpflichteten ein Aequivalent befindet, er seinerseits die ihm geschuldete Gegenleistung nur gegen Austausch des Aequivalents oder Surrogats beanspruchen könne. Lippmann a. a. O. S. 29—32. Es ist deutlich, daß Letzterer das Kriterium nicht in der objectiven Natur des Pfandrechts, als ob das dingliche Recht zugleich das Surrogat ergriffe, oder des dem Käufer erworbenen Rechts an der Sache, sondern vielmehr in der subjectiven Stellung und der von der aequitas diktirten Intention der Contrahenten findet: ein Gesichtspunkt, welcher uns an den erinnert, welchen Regelsberger Z. Lehre v. Altersvorzug d. Pfandr. (1859), s. z. B. S. 13. 17. 20., einnimmt, um ein den Quellen und der Billigkeit entsprechendes Kriterium zur Bestimmung der Priorität der Hypotheken zu gewinnen.]

---

§. 293.

4. Verbindlichkeiten des Käufers.*)

1) Ist das Kaufgeld für creditirt zu achten, wenn die Tradition stillschweigend erfolgt ist?

---

*) Schon früher ist bemerkt worden, daß der Käufer alle nach Abschluß des Kaufcontracts vom Verkäufer noch aufgewandten nothwendigen und nützlichen Auslagen und Kosten ersetzen müsse, l. 13. §. 22. D. 19. 1. — l. 13.

2) Von welchem Zeitpunkt an muß der Käufer den unbezahlt gelassenen Kaufpreis verzinsen? *)

3) Ist er dazu auch dann verbunden, wenn er durch eine gerichtliche Arrestbelegung verhindert war, dem Verkäufer das Kaufgeld zu zahlen? oder wenn er mit Eviction bedroht ist?

Zu 1) Der Käufer muß beweisen, daß ihm Credit gegeben worden sey, was aus dem stillschweigenden Tradiren des Kaufobjects allein noch nicht folgt; Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 463. Anm. 4. cf. oben §. 280. zu Fr. 11.

Zu 2) Wenn das Kaufgeld nicht creditirt worden ist, so tritt die Zinsverbindlichkeit, ohne daß es erst einer Interpellation bedürfte, l. 13. §. 20. D. 19. 1. — l. 2. C. 4. 32., gleich nach erfolgter Uebergabe der Sache ein. Gewöhnlich coincidirt dieser Zeitpunkt mit dem Nutzungsbezug von Seite des Käufers, aber auch wenn letzterer durch besondere Verhältnisse schon früher an den Käufer gelangt seyn sollte, wovon Leyser Sp. 211. med. 2. ein Beispiel gibt, kann, wie Glück Thl. XVI. S. 137. gegen Leyser bemerkt, ungeachtet die Zinsen des Kaufgelds mit den Früchten der Sache in einem Reciprocitätsverhältniß stehen, l. 13. §. 21. D. 19. 1. — l. 5. C. 4. 49., die Verzinsung doch nicht von früherer Zeit, sondern erst von dem Moment, da dem Käufer tradirt worden ist, verlangt werden, weil nur im Besitz das eigentliche Moment liegt, mit welchem der Früchtegenuß nur zufällig zusammentrifft, und die Verbindlichkeit zur Verzinsung des Kaufgeldes nicht früher entstehen kann, als dem Verkäufer ein Klagrecht aus dem Contract zustand, welches aber erst zugleich mit der Uebergabe der Sache eintritt; l. 13. §. 20. D. 19. 1. Der

---

l. 16. C. 4. 49., sowie, daß er nach geschlossenem Kauf, auch vor der Uebergabe der verkauften Sache, das periculum interitus et deteriorationis zu tragen hat, mithin von der Zahlung des Kaufpreises nicht durch den von Seite des Verkäufers unverschuldeten Untergang der Sache befreit wird; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. no. 213., v. Hartitzsch Entscheid. no. 225. In Ansehung der vom Käufer zu prästirenden culpa folgt aus den allgemeinen Grundsätzen, daß er für jede Fahrlässigkeit zu haften habe; Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 463., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 189. (§. 146.) Die Frage, wie bei der actio emti die Verurtheilung zu fassen und die Hilfe zu vollstrecken sey, bleibt, als dem Proceßrecht angehörig, hier außer Berührung, nicht unbeachtet aber möge die interessante Abhandlung von Sintenis in Linde's Zeitschr. Bd. XI. no. 2. über diesen Gegenstand bleiben.

*) Mehreres hierüber s. oben §. 213. zu Fr. 2—4.

Käufer muß ja auch dann das Kaufgeld verzinsen, wenn er gleich keine Früchte aus der gekauften Sache gezogen hat. Es genügt schon, daß er die Fähigkeit zu deren Perception hatte; Walch controv. jur. civ. pag. 604. §. 15., Cocceji j. c. Lib. XIX. tit. 1. qu. 18., Mevii Dec. P. VI. dec. 33., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. Med. 229. Sind Zahlungstermine bestimmt, so entscheiden diese, ist aber auf unbestimmte Zeit creditirt worden, so fangen die Zinsen von Zeit der erfolgten gerichtlichen oder außergerichtlichen Interpellation an; Glück Thl. XVI. S. 135. Hat aber der Verkäufer das verspätete Kaufgeld angenommen und quittirt, so findet der Zinsen wegen keine Klage mehr statt; l. 49. §. 1. D. 19. 1. Die eben angeführte gesetzliche Bestimmung hält zwar Westphal vom Kauf §. 557. h. z. T. nicht mehr für praktisch, hat aber hierin die Stimme der bewährtesten Rechtslehrer gegen sich; Glück Thl. IV. S. 429. und die dortigen Citate.

Zu 3) Zwar glauben einige Rechtslehrer, von einem mit Arrest belegten Capital brauchten keine Zinsen bezahlt zu werden; Struben rechtl. Bed. Thl. IV. Bed. 102., Hufeland Lehrb. d. Civilr. Bd. I. §. 475., oder wenigstens dann nicht, wenn der Käufer beweist oder beschwört, das zurückbehaltene Geld unbenutzt liegen gelassen zu haben, Leyser Sp. 211. med. 5. a. E. Sp. 243. med. 11., allein da durch den Arrest nicht die Zahlung überhaupt, sondern nur deren Leistung an die Person des Verkäufers verboten wird, so kann der Käufer nach l. 18. §. 1. D. 22. 1. sich nur durch gerichtliche Niederlegung von der Verzinsung befreien, auch berechtigt ihn eine bevorstehende Eviction nur zu Cautionsansprüchen, und indem er durch sie nicht an dem Fortbezug der Früchte gehindert ist, kann er nicht zugleich auch den Kaufpreis benutzen wollen; Weber Vers. über d. Civilr. no. 3. S. 259., Walch l. c. pag. 603. §. 14., Glück Thl. XVI. S. 140. Der Käufer muß daher auch dann das Kaufgeld verzinsen, wenn er es dem Verkäufer wegen mangelnder Sicherheit nicht zahlen kann; Pfeiffer neue Samml. v. Entscheid. d. O.-A.-G. zu Cassel Bd. IV. Dec. 127. Im Archiv für Civil- und Criminalr. d. Preuß. Rheinprovinzen Bd. XVI. S. 159. ist nach dortigen Rechten dieselbe Frage entschieden: ob der Käufer, welcher mit einer Entwährungsklage bedroht oder belangt wird, berechtigt sey, nicht nur das Capital, sondern auch die Zinsen inne zu behalten.

§. 294.

5. Nebenverträge.

Vorbehalt des Eigenthums *), in diem addictio **), pactum displicentiae, lex commissoria.

Durch den Nebenvertrag der addictio in diem, welcher nach l. 2. pr. D. 18. 2. sowohl suspensiv als resolutiv gefaßt werden kann, im Zweifel aber als Resolutivbedingung betrachtet werden muß, behält sich gewöhnlich

a) der Verkäufer die Freiheit vor, vom Verkauf wieder zurückzutreten, wenn binnen einer gewissen Zeit sich ein besserer Käufer finden würde. Unter einem besseren Käufer wird hier nicht blos ein solcher verstanden, welcher einen höheren Kaufpreis gibt, sondern auch, welcher andere vortheilhaftere Bedingungen gewährt, l. 4. §. 6. l. 5. l. 14. §. 5. l. 15. §. 1. D. 18. 2., v. Keller Pand. §. 324. nicht aber, wenn durch ein übrigens gleiches Gebot blos die Früchte, welche seit dem Gebote des ersten Käufers bis auf die Vertragsvollendung mit dem zweiten Käufer von der Sache zu ziehen sind, für den Verkäufer gewonnen würden; l. 14. D. 18. 2. Aber auch

---

*) Ob das einem Verkauf angehängte pactum reservati dominii die Eigenschaft einer aufschiebenden, oder, wie Leonhard zur Lehre v. d. Rechtsverh. am Grundeigenthum, Hannover 1842, behauptet, einer auflösenden Bedingung habe, ist bereits im Bd. II. §. 105. zu Fr. 6. erörtert worden. Für die dort angenommene Eigenschaft einer aufschiebenden Bedingung ist noch anzuführen: Puchta Pand. §. 148. Anm. f. Die Praxis hat sich wohl längst dafür entschieden, daß der Eigenthumsvorbehalt, soweit nicht besondere Landesrechte, wie in Sachsen die Erläuterte Proceßordn. Tit. 42. §. 7. anders disponiren, sogar im Concurs ein Separationsrecht bewirkt; Schweppe röm. Privatr. Bd. II. §. 368., Höpfner Instit. §. 873., Hert Opusc. Vol. II. P. III. pa. 95., Leyser Sp. 479. med. 5. u. A. m. Damit steht es auch nicht in Widerspruch, daß doch der Käufer unzweifelhaft die Gefahr der gekauften Sache ungeachtet jenes Eigenthumsvorbehalts tragen muß, denn dazu ist er ja schon in Folge des Kaufabschlusses unabhängig von der Tradition verbunden; §. 3. J. 3. 24., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. Med. 53., Walch controv. jur. civ. pag. 606. §. 17. Siehe auch Erk. d. O.-A.-G. zu Celle in der jurist. Zeitg. f. Hannov. Jahrg. 1839. S. 92., wo dem Eigenthumsvorbehalt des Verkäufers der Vorgang vor dem Hypothekgläubiger des dritten Besitzers zuerkannt wurde.

**) Von dem stillschweigenden pactum addictionis in diem bei Subhastationen s. oben §. 283. zu Fr. 18.

b) der Käufer kann sich möglicher Weise gleiche Freiheit bedingen; l. 9. D. 18. 2. — Der letztere Fall unterscheidet sich von dem ersteren in seiner Wirkung. Wenn nämlich dem Verkäufer der Rücktritt, falls er einen besseren Käufer finden würde, zugestanden wird, so steht es dem Käufer gleichwohl ganz frei, diesen anzunehmen oder den ersten Verkäufer zu behalten; wenn aber, was freilich ganz besondere Fälle voraussetzt, bedungen wäre, daß der Käufer, wenn ein besserer Käufer kommen sollte, zurücktreten dürfe, dann ist der frühere Kauf aufgelöst, auch wenn der Verkäufer den späteren Käufer nicht annimmt; l. 9. D. 18. 2.

1) Wenn Mehrere zusammen sub addictione in diem verkauft haben, bleibt dann, wenn nicht sämmtliche Verkäufer den besseren Käufer annehmen wollen, nicht doch der erste Verkauf bei Kräften?
2) Wenn an Mehrere zusammen eine Sache cum pacto addict. in diem verkauft worden ist, kann dann auch Einer von ihnen hinterher sich allein durch ein Mehrgebot die Sache erwerben?
3) Wenn ein besserer Käufer auch nur unter einer addictio in diem vom Verkäufer angenommen wurde, ist dadurch der Handel mit dem ersten Käufer doch aufgehoben, oder vielmehr in Kraft gesetzt?
4) Von welcher Zeit an wird die aus dem pactum addict. in diem entspringende Klage verjährt?
5) Wenn ein besserer Käufer gekommen und vom Verkäufer angenommen worden ist, kann dann der erste Käufer nur durch Ueberbieten, oder schon durch das gleiche Gebot sich die Sache noch zu eigen machen?
6) Hat der Verkäufer auch gegen einen Dritten, an welchen inzwischen sein erster Käufer wieder veräußert hat, ein Vindicationsrecht?
7) Binnen welcher Zeit muß das pactum displicentiae ausgeübt werden?
8) Indem der commissorische Vertrag, welcher in der Regel als resolutiv angesehen werden muß, l. 1. D. 18. 3. — l. 2. §. 3. D. 41. 4., dahin gerichtet ist, daß der Käufer, wenn er nicht zur gehörigen oder zur vertragsmäßig festgesetzten Zeit den Kaufpreis bezahlt, oder auch der Verkäufer, wenn er nicht zur gehörigen Zeit tradirt, seines Rechts aus dem

Kaufvertrage verlustig werden sollte,*) fragt sich, ob das Recht mit dem Ablaufe der Zeit ohne Weiteres verwirkt, oder ob erst Interpellation nöthig, endlich ob auch purgatio morae zulässig sey? ferner

9) ob dann auch das am Kaufgelde schon abschlägig Bezahlte oder nur die arrha verloren sey, wenn der Käufer die Zahlungszeit nicht einhält?

10) Binnen welcher Zeit muß der commissorische Vertrag in Ausübung gebracht werden?

11) Kann die poena commissi durch Vorschützung unverschuldeter Hindernisse abgewendet werden?

Zu **1)** Es kommt hierbei nur darauf an, ob das Ganze für Einen Preis verkauft worden ist, oder ob Jeder nur seinen Antheil für einen besondern Preis verkauft hat. Im ersten Falle bleibt der erste Verkauf giltig, wenn nicht sämmtliche Verkäufer den neuen Käufer annehmen; im zweiten Falle kann von einem der Mitverkäufer ein neues Gebot auf seinen Antheil angenommen werden, ohne daß die Zustimmung der anderen Mitverkäufer nöthig wäre. Der erste Käufer gibt also den einen Theil heraus und behält den andern. Ist aber das Ganze untheilbar, so muß es beim ersten Verkauf bleiben. Ebenso, wenn mir ein gewisses Ganze verkauft ist und sich nachher blos zu einem Theile davon ein neuer Käufer meldet. Die Annahme eines neuen Gebots auf einzelne Theile kann übrigens auch dadurch ausgeschlossen werden, daß der erste Käufer sich ausdrücklich bedingt, daß er das Ganze nicht anders, denn als ein untheilbares Ganzes gekauft haben wolle; l. 11. §. 1. l. 12. l. 13. D. 18. 2., Glück Thl. XVI. S. 253.

Zu **2)** Bejahend entscheidet l. 18. D. 18. 2., sowie auch umgekehrt von mehrerern Verkäufern Einer bessere Bedingungen anbieten und auf diese Weise mit der ganzen Sache zugleich auch seinen bisherigen Theil kaufen kann; l. 13. §. 1. D. 18. 2.

---

*) Daß die Geltendmachung des commissorischen Vertrags als verzichtet betrachtet werde, wenn der Verkäufer nach Ablauf der Zahlungsfrist noch Zahlungen am Kaufgelde annimmt, oder auch das Kaufgeld nachher noch einklagt, ist bereits Bd. I. §. 36. zu Fr. 2. sub t. bemerkt worden; s. auch Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. Med. 140., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 536.

Zu 3) Durch eine nicht unbedingte Annahme des zweiten Käufers muß eigentlich der erste Verkauf in Wirksamkeit gesetzt werden, weil der Verkäufer durch die unter einer addictio in diem beschränkte Annahme des neuen Käufers erklärt, daß er auch mit dessen Gebot noch nicht zufrieden sey. Indessen, wenn der Verkäufer es sich bei dem ersten Verkauf ausdrücklich bedungen hat, so kann die Addiction auch öfter geschehen; l. 11. pr. D. 18. 2., Glück Thl. XVI. S. 256. gegen die abweichende Meinung von Westphal Lehre vom Kauf ꝛc. §. 735.

Zu 4) Die außer dem Fall einer der Addiction beigefügten und dann die Erlöschung des Vorbehalts von selbst mit sich bringenden Zeitbestimmung*) 30 Jahre lang dauernde Verjährungszeit dieser Klage kann nicht eher ihren Anfang nehmen, als von dem Moment, da ein besserer Käufer erschienen und vom Verkäufer angenommen worden ist; Thibaut über Besitz u. Verjährung Thl. II. §. 43., Glück Thl. XVI. S. 258., l. 7. §. 4. C. 7. 39.

Zu 5) Die l. 7. u. 8. D. 18. 2. lassen zwar eine verschiedene Auslegung hierüber zu, welche einige Rechtslehrer, z. B. Huber Praelect. jur. civ. Lib. 18. tit. 2. §. 5., Faber de Error. Pragm. dec. 23. error 3., ebenso v. Keller Pand. §. 324., veranlaßt hat, ein Ueberbieten für nothwendig zu halten; aber andere Gesetzstellen, insbesondere l. 35. D. 4. 4. u. l. ult. D. 49. 14., lassen keinen Zweifel übrig, daß auch in jenen Gesetzstellen nichts Anderes gemeint sey, als daß der erste Käufer durch Erfüllung der gleichen Bedingungen das Recht des Verkäufers, den mit ihm geschlossenen Verkauf wieder aufzuheben, vernichten kann; Glück Thl. XVI. S. 258. und die Citate in Anm. 28., Schilling Lehrb. f. Institt. Bd. III. §. 332. Anm. t., Arndts Pand. §. 249. Weil aber der erste Käufer, im Fall er in die höheren Conditionen des neuen Käufers eintritt, die Sache doch erst durch einen neuen Handel erwirbt, so kann er die aus dem ersten Geschäft gezogenen Nutzungen der Sache nicht behalten, sondern muß sie dem Verkäufer — versteht sich unter Abzug der verwendeten Kosten und Zinsen des Kaufschillings — vergüten; l. 6. §. 1. D. 18. 2.

*) Der addictio in diem ist die Beifügung einer Zeitbestimmung (dies), zu welcher die Sache dem Käufer zugesagt wird (addicitur), wesentlich. Es ist daher eigentlich eine andere Modalität des Verkaufs, wenn sich der Verkäufer auf unbestimmte Zeit die Beibringung eines bessern Käufers vorbehält, l. 41. pr. D. 6. 1., und darf nicht, wie von Glück Thl. XVI. S. 257. geschehen ist, mit der addict. in diem verwechselt werden; Schilling Lehrb. f. Institt. Bd. III. §. 332. Anm. d.

Häufig wird behauptet, der erste Käufer könne, wenn er zweifelt, ob nicht der vom Verkäufer vorgestellte bessere Käufer nur simulirt sey, um ihn zu höherem Gebote zu drängen, dem Verkäufer und dem neuen Käufer den Eid zuschieben; Hellfeld Jurispr. for. §. 1003., Thibaut System §. 617. (Ed. 8.) Glück Thl. XVI. S. 260. Allein eigentlich kann doch wohl der erste Käufer von dem Verkäufer nur auf gewöhnliche Weise den Beweis des besseren Gebots verlangen, weshalb er selten im Fall seyn wird, von der Befugniß, dem Verkäufer den Eid zu deferiren, Gebrauch zu machen; Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 537. S. 415. Anm. 5.

Zu 6) Wenn das pact. addict. in diem in der Eigenschaft einer Suspensivbedingung beigefügt war, so ist ihm dieses Recht gar nicht zu bezweifeln; ist sie aber — wie gewöhnlich — als Resolutivbedingung zu betrachten, so sind zwar die Meinungen darüber verschieden, ob da der Verkäufer nicht blos auf die persönliche Contractsklage gegen seinen ersten Käufer beschränkt sey; jedoch überwiegt die Meinung, daß in der Regel auch da dem Verkäufer die Vindication zustehe; Thibaut a. a. O. §. 617., Glück a. a. O. §. 1004.*)

Zu 7) Das Reuerecht, welches nur als Resolutivbedingung angesehen werden kann, l. 3. D. 18. 1., muß, wenn nichts Anderes bedungen ist, nach l. 31. §. 22. D. 21. 1. binnen eines termini utilis von 60 Tagen exercirt werden, und verjährt daher nicht erst in 30 Jahren, wie mehrere ältere Rechtsgelehrte dafür hielten. Die Literatur dieser Streitfrage s. Glück Thl. XVI. S. 228. Anm. 39. Schilling Lehrb. Bd. III. S. 649. u. 655. Anm. m. erachtet zwar nur den Käufer an die 2monatliche Frist gebunden, und allerdings spricht lex cit. nur vom Käufer, weil eben die ädilischen Klagen überhaupt nur dem Käufer gegeben sind; daraus darf aber nach der gemeinen Meinung, Voet Comm. Lib. 18. tit. 1. no. 26., die Lehrbücher von Mühlenbruch Bd. II. §. 407., Schweppe Bd. III.

---

*) Der natürliche Sinn einer Resolutivbedingung ist nämlich der, daß bei deren Eintritt der Rückfall des Eigenthums ipso jure erfolgen müsse, was dann unzweifelhaft den Veräußerer zur Vindication berechtigt, l. 41. pr. D. 6. 1. — l. 13. pr. D. 13. 7. — l. 8. D. 18. 3. — l. 29. l. 30. D. 39. 6. — l. 4. C. 4. 54., nicht aber, daß es erst einer Zurückübertragung des Eigenthums von Seite des bedingten Käufers bedürfen solle, woraus freilich nur ein persönlicher Anspruch folgen würde; l. 3. C. 4. 54. — l. 6. §. 1. D. 18. 1. — l. 16. D. 18. 2. — l. 4. pr. D. 18. 3. — l. 12. D. 19. 5. — l. 6. D. 18. 5., Thibaut im civilist. Archiv Bd. XVI. no. 14., Müller civilist. Abhandl. no. 7., Schilling Lehrb. f. Institt. Bd. II. S. 579. Zusatz 1.

§. 534., v. Wening-Ingenheim Bd. II. (§. 389.) S. 441., Puchta §. 263., Neustetel röm. rechtl. Unters. Bd. I. S. 200., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 381., nicht gefolgert werden, daß der Verkäufer, wenn er sich dasselbe Reuerecht pactitie verschafft, sich dessen politischer Beschränkung überheben könne. Gerechte Ursachen, welche die Ausübung des Reuerechts in der gesetzlichen Frist verhindert haben, finden jedoch auch nach deren Ablauf Gehör; l. 31. §. 22. i. f. §. 23 D. 21. 1. — l. 4. C. 4. 58. — l. 4. §. ult. D. 18. 3. — l. ult. D. eod. Demjenigen, welcher das zu seinem Besten beigefügte Reuerecht ausüben will, kommt auch gegen den dritten Besitzer eine actio in rem zu Statten; l. 41. D. 6. 1. — l. 1. l. 4. C. 4. 54. Auf die Erben geht aber der Reuevertrag als ein subjectiv dinglicher Vertrag nicht über; Voet Comm. ad Pand. Lib. 18. tit. 1. §. 26., Glück a. a. O. S. 229.

Zu 8) Wenn eine Zahlungszeit ausgemacht ist,*) so bedarf es einer Interpellation nicht, l. 4. §. 4. D. 18. 3.; Arndts Pand. §. 249. ist aber jene unbestimmt gelassen, so ist Interpellation nothwendig, und der Richter hat dann erst die Zahlungszeit nach Billigkeit zu bestimmen, l. 21. §. ult. D. 4. 8., nach deren Ablauf dann auch sogleich die Verwirkung eintritt, welche auch durch eine theilweise geschehene Erfüllung nicht abgewendet wird; l. 2. §. 3. D. 41. 4. — l. 47. D. 19. 1., Schilling Lehrb. Bd. III. S. 647. Anm. q., Glück Thl. XVI. §. 1007., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. (§. 388.) S. 441. Hieraus ergibt sich auch wohl die richtige Entscheidung der Frage, inwieweit purgatio morae zulässig sey. Zwar differiren hier die Ansichten: Einige sagen, ehe der Verkäufer sich erklärt, von dem commissorischen**) Vertrage Gebrauch machen zu wollen, sey dem Käufer purgatio morae erlaubt; Thibaut Syst. §. 618. (Ed. 8.), Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 536. (Ed. 4.) Dem steht aber l. 23. D. 44. 7. — l. 23. pr. D. 4. 8. entgegen. Richtiger scheint es daher, mit Cocceji J. C. Lib. 18. tit. 3. qu. 6., Lauter-

*) In den Gesetzen wird dies wesentlich bei dem commissorischen Vertrage vorausgesetzt, l. 4. l. 6. §. 2. l. 7. D. 18. 3. — l. 1. C. 4. 54., Müller im civilist. Archiv Bd. XII. S. 257., Schilling a. a. O. Anm. g., doch nehmen die Juristen eine lex commissoria auch ohne Bestimmung eines Zahlungstermins an; Glück Thl. XVI. S. 272. u. 276., Duncker im Rhein. Mus. Bd. V. S. 84.

**) Von committere, etwas begehen, was den Verlust eines Rechts oder eine Strafe nach sich zieht; Schilling a. a. O. Anm. c.

bach Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 21. und Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 5. th. 7. not. 3., Glück Thl. XVI. S. 303 zu unterscheiden, ob die Zahlungszeit im Vertrage speciell bestimmt war, oder nicht. Im ersten Falle hat der Verkäufer zu interpelliren nicht nöthig, und seine Erklärung, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen, fällt mit der wirklichen Geltendmachung in Eins zusammen, wie denn auch Thibaut a. a. O. §. 100. sagt: Wo die Regel dies interpellat pro homine eintritt, da gibt es keine purgatio morae; vergl. oben im allgem. Theil Kap. IV. §. 233. von den Folgen des Verzugs. Wenn es aber auf eine richterliche Fristbestimmung ankommt, dann mag purgatio morae durch Zahlungserbieten vor der Litiscontestation stattfinden; l. 21. §. ult. D. 4. 8. Dem ist auch Leyser Sp. 197. med. 4. nicht entgegen. Verhindert der Verkäufer selbst die Zahlung, z. B. indem er sich nicht hat treffen lassen, so ist der Käufer jedenfalls entschuldigt; allein wenn dies auch anfänglich der Fall war, der Käufer sich aber später in moram versetzen ließ, so verfällt er dann doch poenam commissi, wenn nicht anders der Verkäufer dolos verfuhr; l. 51. §. 1. D. 19. 1., Glück Thl. XVI. S. 282.

Zu 9) Die Meinungen sind auch hier getheilt. Die entscheidenden Gesetzstellen sind l. 4. pr. §. 1. l. 5. l. 6. pr. §. 1. D. 18. 3., insbesondere bestätigen die Basiliken XIX. 3. 4. bei Heimbach T. II. pag. 273. und Vat. Fr. §. 11., Puggé im Rhein. Mus. Bd. III. S. 436 ff., den Sinn und Ausdruck der angeführten Gesetze dahin: Der säumige Käufer muß Alles zurückgeben, was er aus dem Kaufgeschäft an Hauptsache, Früchten und Accessionen erhalten, und verliert, was er des Kaufgeschäfts wegen gegeben hat; doch kann er, wenn er einen Theil seiner Leistung schon entrichtet hat, und diesen nun verliert, die gezogenen Früchte zurück behalten; l. 4. §. 1. l. 5. D. 18. 3., Puchta Pand. §. 263., Walch controv. jur. civ. pag. 619. §. 30., Huber Praelect. jur. civ. Lib. 18. tit. 3. no. 3., Leyser Sp. 197. med. 8. cor. 4., Stryck Us. mod. ej. tit. §. 5., Brunnemann D. ad leg. 6. D. de lege commiss., Heineccii Elem. jur. civ. §. 275., Schilter Exerc. 30. §. 52., Boehmer Introd. in jus Dig. h. t. §. 4., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. ej. tit. §. 14., Schilling a. a. O. Anm. o. Dies mochte nun freilich etwas unchristlich scheinen, daher die Auslegungskunst bemüht gewesen ist, heraus zu deuten, daß zwar neben den aufgewandten Nebenkosten auch die gegebene arrha für den Käufer verloren sey, aber was er bereits am Kaufgelde bezahlt hat, müsse denn doch der Käufer ihm wieder zurückgeben, wenn nicht besonders ausgemacht ist, daß auch dies für ihn verloren seyn

solle;*) Schweppe a. a. O. Bd. III. §. 536., Pufendorf Obs. jur. univ. T. I. obs. 59., Kind Qu. for. T. I. c. 44., Glück Thl. XVI. §. 1009., welcher insbesondere gegen das Allegat aus den Basiliken einwendet, daß das 19. Buch zu den unechten Büchern der Basiliken gehöre, ferner Thibaut Syst. §. 618. (Ed. 8.), Voet Comm. ad Pand. Lib. 18. tit. 3. no. 3., Günther Princ. jur. Rom. P. II. §. 1062., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. (§. 388.) S. 441. Die Gründe für diese Meinung sind:

1) daß auf solche Weise Derjenige, welcher zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bereits etwas geleistet hat, besser behandelt würde, als Derjenige, welcher dafür ganz unthätig gewesen ist, und sogar um so härter, je mehr er sich bereits der Leistung beflissen hat;
2) indem der Verkäufer den Verkauf nicht als geltend anerkenne, könne er nicht ein Kaufgeld behalten, welches er solchergestalt sine causa besäße;
3) die l. 6. C. 4. 54. entscheide für die Zurückgabe dessen, was am Kaufgelde bezahlt worden; cum te fundum tuum certae rei contemplatione inter vos habita, exiguo pretio in alium transtulisse commemores, poterit tibi ea res non esse fraudi, quando non impleta promissi fide, dominii tui jus in suam causam reverti conveniat. Et ideo aditus competens judex fundum, cujus mentionem facis, restitui tibi cum fructibus suis, sine ulla ludificatione, sua auctoritate perficiet: praecipue cum adversa pars *receptis nummis suis* nullam passa videri possit injuriam.

Dagegen läßt sich aber einwenden:

Gegen 1) Eine ratio aequitatis ist keine ratio juris. Daß Strafen hart sind, ist kein Grund, die Strafen aufzuheben. Noch weniger gibt es aber ein Gesetz, wonach man dem Andern ein sich selbst auferlegtes Uebel abzunehmen hätte. Nach der entgegengesetzten Meinung würde der Schade dem Getäuschten zur Last fallen, und der, welcher den Andern in Schaden und Verlegenheit gebracht hat, ganz leicht wegkommen, und doch sagen die Gesetze: suum cuique factum debet esse

---

*) Einige gehen noch weiter, indem sie selbst den Verlust der arrha erst davon abhängig machen wollen, daß dieses ausdrücklich bedungen worden sey; Madihn D. de effectu leg. commissor. §. 7., Westphal Lehre vom Kauf rc. §. 713. Diese Meinung steht aber ganz verlassen; s. dagegen Braun Erörter. zu Thibaut §. 959., Glück Thl. XVI. S. 287.

nocivum. Nec durum quidem puto — sagt Leyser Sp. 197. cor. 4. — quum poenam in eos, qui fidem fallunt, statui durum non sit.

Gegen 2) Der Verkäufer behält das Gegebene nicht als Kaufgeld, sondern als poena commissi, und mithin um so weniger sine causa, als die causa promissi in den zuweilen unschätzbaren Nachtheilen und Verlegenheiten lag, welchen der Verkäufer auf den Fall der Wortbrüchigkeit des Käufers sich ausgesetzt sah.

Gegen 3) Die l. 6. cit. sagt nichts vom commissorischen Vertrage, und scheint nicht einmal auf ein Kaufgeschäft, sondern auf einen Tausch sich zu beziehen, wie aus den Worten *certae rei* contemplatione inter vos habita — non impleta promissi fide zu schließen ist. Dagegen läßt ja l. 4. §. 1. D. 18. 3. die Wirkung des commissorischen Vertrags bestimmt auch dann eintreten, quando emtor aliquam partem pretii dedit, und keine Gesetzstelle beschränkt die Wirkung des commissorischen Vertrags blos auf den Verlust der arrha, im Gegentheil sagt l. 6. pr. cit.: „et id, quod arrhae *vel alio nomine* datum esset, apud venditorem remansurum.“ Man kann dem ganzen Zusammenhang nach die Worte in leg. cit.: „cum emtor pretium, quod numeravit, perdidit,“ nur als Folge des commissorischen Vertrags ansehen, und nicht, wie Glück a. a. O., aus einer besonderen, demselben beigefügten Stipulation ableiten, von welcher im ganzen Titel keine Rede ist. Der Meinung Glück's steht auch bestimmt die Entscheidung in l. 38. D. 4. 4. entgegen.

Zu 10) Die l. 4. §. 2. D. 18. 3. sagt: Statim atque commissa lex est, statuere venditorem debere, utrum commissoriam velit exercere, an potius pretium petere etc. Da nun der Verkäufer zwar die Wahl hat, aber nach einmal getroffener Wahl nicht mehr variiren kann, so scheint auch ein stillschweigender Verzicht den Rückgriff auf die poena commissi auszuschließen. Indessen kann man auch das Statim, an welches die lex. cit. die Erklärung bindet, nicht so strict nehmen, daß selbst ein modicum tempus dadurch ausgeschlossen wäre; l. 38. D. 4. 4., Kind Qu. for. T. II. cap. 85. In Sachsen hat die Gerichtsobservanz dahin entschieden, daß ebensoviel Zeit zur Ausübung des commissorischen Vertrags beobachtet werden müsse, als zur Vollziehung einer res judicata bestimmt ist; Kind l. c.

Zu 11) In den Gesetzen l. 4. §. 4. l. 6. pr. l. 8. D. 18. 3. findet man als liberirende Umstände nur angeführt: wenn durch den Verkäufer selbst die Zahlung unausführbar gemacht wurde, oder wenn eine gerichtliche Inhibition eintrat. Daß weitere Ausnahmen nicht stattfinden, bestätigt sich aus l. 38. D. 4. 4., wo sogar die Re=

stitution, welche aus dem Grunde, weil der dies committendi in die Periode der Unmündigkeit der Erbin der ursprünglich Verpflichteten gefallen war, von derselben nachgesucht wurde, vom praetor und vom praefectus urbis abgeschlagen worden war, und wenn auch der Kaiser in letzter Instanz restituirte, so kann daraus doch nicht gefolgert werden, daß auch einem Großjährigen wegen irgend eines factischen Hindernisses durch Restitution geholfen würde; Kritz Samml. v. Rechtsf. Bd. II. S. 260.

---

§. 295.

6. Vertrag des Vorkaufs,*) Retractsrecht,**) Wiederkaufsrecht.

1) Kann die Klage aus dem Retractsrecht auch noch, bevor das Object einem Andern käuflich tradirt ist, angestellt werden? und können die Contrahenten auch freiwillig von einem geschlossenen Kauf und Verkauf, ungehindert von Seite des Retractsberechtigten, zurücktreten?

2) Findet dieselbe auch gegen einen dritten oder weiteren Erwerber der Sache statt?

3) Kann das Näherrecht auch bei einem Tausche ausgeübt werden, oder wenn der Verkäufer sich außer dem Kaufpreis noch

---

*) Die Fälle des gesetzlichen Vorkaufrechts, welches übrigens immer nur ein persönliches Recht gegen den Veräußerer gewährt, Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 285., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 424., und als solidarisches Recht nicht in Bezug auf einen intellectuellen Theil der Sache geltend gemacht werden kann, l. 78. §. 2. D. 18. 1., zählt vollständig auf Glück Thl. XVI. §. 992., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. (§. 270.) S. 335.

**) Wir beschränken uns hier auf allgemeine Prinzipien, denn fast alle Arten des gesetzlichen Retractsrechts sind durch neuere Gesetze als der Staatsklugheit und Nationalwirthschaft zuwider aufgehoben, und auch da, wo sie es nicht sind, nur particularrechtlich, selbst die Erblosung (retractus gentilitius) nicht ausgenommen; Mittermaier a. a. O. Bd. II. §. 284. u. 285., Phillips Grunds. d. gem. deutsch. Privatr. Bd. I. S. 179., Eichhorn §. 99., Glück Thl. XVI. §. 994. S. 187., Gründler Polemik d. germ. R. Bd. II. §. 283 b., Danz zu Runde Bd. II. §. 196. — Ob das Retractsrecht durch eine datio in solutum ausgeschlossen werde, s. oben allgem. Theil Kap. IV. §. 228.

andere persönliche Leistungen bedungen hat, oder bei einem aus Kauf und Schenkung gemischten Geschäft?

4) Findet dasselbe auch bei einem Sammt- oder Mengekauf statt?

5) Auch bei einer Versteigerung?

6) Wie weit kann der Retrahent auch die Früchte der zu retrahirenden Sache in Anspruch nehmen?

7) Binnen welcher Zeit erlischt das Näherrecht durch Verjährung?

8) Kann auch stillschweigende Entsagung des Retractsberechtigten angenommen werden?

9) Ist der Verkäufer eines dem Retract unterworfenen Gutes seinem Käufer Gewähr zu leisten schuldig, wenn dasselbe aus einem gesetzlichen Retractsrecht evincirt wird?

9 a) Wie ist bei der Concurrenz mehrerer Retractsrechte der Vorzug zu bestimmen?

10) Kann das Retractsrecht von den Kindern des alienirenden Vasallen noch bei dessen Lebzeiten ausgeübt werden?

11) Wie ist der Wiederkaufspreis zu bestimmen?

12) Geht das Wiederkaufsrecht auf die Erben über?

13) Kann, wenn mehrere Verkäufer sich das Wiederkaufsrecht vorbehalten haben, dasselbe auch von Einem derselben ausgeübt werden?

14) Kann der Wiederkaufsberechtigte sein Recht auch gegen einen dritten Besitzer der Sache geltend machen, wenn sie inzwischen sein Käufer veräußert hat?

15) Wie lange kann das Wiederkaufsrecht ausgeübt werden?

16) Wenn ich ein Grundstück mit dem Beding des binnen fünf Jahren auszuübenden Rückkaufs verkaufe, und dasselbe zugleich auf diese Zeit in Pacht nehme, dieser Pacht aber nach Ablauf der fünf Jahre stillschweigend verlängert wird, ist damit auch der zum Rückkauf bestimmte Termin als verlängert anzusehen?

17) Ist das Retractsrecht auch cessibel?

Zu 1) Der Unterschied zwischen Vorkaufsrecht (jus protimiseos) und Retract liegt nach der gewöhnlichen Annahme darin, daß jenes den Vorkaufsberechtigten befugt macht, von dem Verpflichteten zu

fordern, daß er, wenn er die Sache verkaufen will, ihn jedem anderen Käufer gegen Eingehung der gleichen Bedingungen vorziehen müsse, l. 75. D. 18. 1. — l. 21. §. 5. D. 19. 1., wogegen der deutschrechtliche Retract die Befugniß gegen jeden anderen Käufer gewährt, ein unbewegliches Gut*) an sich zu ziehen; Renaud zur Lehre vom Näherrecht in der Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. VIII. S. 263., Phillips Grundſ. des gem. deutsch. Privatr. Bd. I. §. 77., v. Gerber System §. 175. Anm. 4., Seuffert's Archiv XIII. No. 111. Aus diesen Grundbegriffen wird sofort gefolgert:

a) Das Vorkaufsrecht setzt voraus, daß ein vorgenommener Verkauf noch nicht durch Uebergabe vollzogen sey; denn würde der Vorkaufsberechtigte — wie gleichwohl Unterholzner Schuldverh. Bd. II. §. 434. S. 225. statuirt — mit der Ausübung seines Rechts noch so lange warten, bis das Gut dem Käufer bereits übergeben ist, so befände er sich, da nun der Käufer schon das Eigenthum der Sache erworben hätte, und das Vorkaufsrecht nur eine persönliche Klage zu erzeugen vermag, in der mißlichen Lage, blos noch Entschädigung wegen des gebrochenen Vertrags von seinem Käufer suchen zu können; Schilling Lehrb. Bd. III. S. 655. Anm. t.

b) Der Retract setzt nach der Meinung Mehrerer gerade umgekehrt voraus, daß die Uebergabe an den Käufer schon vollzogen sey, indem doch erst ein neuer Käufer und Besitzer vorhanden sein muß, um von ihm das Gut retrahiren zu können; Walch v. Näherrecht S. 251., Mittermaier d. Privatr. Bd. II. §. 283. (196 a.), v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. IV. no. 7. Andere hingegen behaupten, — und wohl mit mehr Recht — eine nothwendige Voraussetzung sey es nicht, daß das Gut einem Dritten schon übergeben seyn müsse, um den Retract ausüben zu können, denn das Recht, in den Kauf eines Andern einzutreten, gewinne dadurch schon seinen Boden, daß mit demselben der Kauf bereits vollständig abgeschlossen ist,**) und dazu bedürfe es ja nicht auch der

*) Daß auch auf bewegliche Sachen ein Retract stattfinden soll, wie in Baireuthischen und Würtembergischen Verordnungen statuirt ist, kann wohl nur als seltene Ausnahme gelten. [v. Gerber System §. 176. Anm. 2.]

**) Wozu übrigens beim Verkauf des Guts eines Minderjährigen auch erfordert wird, daß die obervormundschaftliche Genehmigung bereits erfolgt sey; v. Bülow u. Hagemann a. a. O.

geschehenen Uebergabe, auch könne das Retractsrecht seiner Natur nach kein schwächeres oder beschränkteres Recht seyn, als das Vorkaufsrecht, vielmehr enthalte der Retract zugleich das jus protimiseos in sich; Glück Thl. XVI. S. 198., Gründler Polemik d. germ. R. Bd. II. §. 284., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 100., Phillips deutsch. Privatr. Bd. I. S. 523. Diese Streitfrage ist vorzüglich in dem Falle von praktischem Einfluß, wenn ein dem Retracstrecht unterworfener Verkäufer mit Zustimmung des Käufers das giltig geschlossene Kaufgeschäft wieder aufheben will, und der Retractsberechtigte dagegen ein bereits erlangtes Recht behauptet. Nach der zuerst angeführten Meinung könnte die Aufhebung des Kaufs von dem Retrahenten durchaus nicht gehindert werden, weil dieser zur Zeit noch gar nicht retrahiren konnte, während die Sache noch nicht in den Besitz eines Andern übergegangen ist, Voet Comm. ad Pand. Lib. 23. tit. 3. §. 24., Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 5. §. 13., Leyser Medit. Sp. 195. med. 9., Walch controv. jur. civ. pag. 629. §. 41., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 243. l. 3.; nach der zweiten Meinung schiene es sich mit dem Retract in dieser Beziehung völlig gleich mit dem jus protimiseos zu verhalten, daß nämlich die Contrahenten den Vertrag nicht mehr zum Nachtheil des Retractsberechtigten wieder aufheben könnten, nachdem er einmal giltig geschlossen ist, quia nemo mutare potest consilium suum in alterius injuriam; l. 75. D. 50. 17., v. Bülow u. Hagemann a. a. O. Bd. IV. no. 7. Anm. o., Stryck succ. ab intest. Diss. VI. cap. 4. §. 39., Zangen prakt. Bemerk. no. 11. S. 40., Glück Thl. XVI. S. 198., Sächs. Zeitschr. f. Rechtspflege u. Verw. N. F. Bd. VII. 1848. S. 166 ꝛc. Indessen finden doch Mehrere eine Modification dahin nöthig, daß, so lange der Retrahent sich nicht gemeldet hat, und auch übrigens noch res integra, nämlich die Uebergabe noch nicht geschehen ist, die Contrahenten nur ihrem eigenen Willen zu folgen haben; Pufendorf Obs. jur. univ. T. III. obs. 40. §. 5., Bynckershoek Qu. jur. priv. Lib. III. cap. 14., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 104., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. X. S. 23.

c) Das Vorkaufsrecht ist den Erben des ursprünglich Berechtigten in der Regel nicht, sondern nur da anzuerkennen, wo es in besonderen Umständen vorliegt, daß es auch im Interesse der Erben bedungen sey.

Gegen die Erben des Verpflichteten kann dasselbe auch nicht ausgeübt werden, wenn bei dessen Festsetzung ausdrücklich blos auf Veräußerung des Grundstücks von Seite des Verpflichteten hingewiesen, und nicht im Allgemeinen und ohne besondere Rücksicht auf die Person des Verpflichteten das Vorkaufsrecht constituirt worden ist; s. Erk. d. O.=A.=G. zu Dresden im Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1849. S. 14.

Zu 2) Daß das vertragsmäßige Retractsrecht nicht einen Dritten, sondern nur die Contrahenten verbinden könne, ist nicht zu bezweifeln, Glück Thl. XVI. S. 167., Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 286. (197.), und daß das testamentarische nur diejenigen verpflichten könne, welche den letzten Willen des Erblassers zu befolgen schuldig sind, liegt — wenn es gleich nicht unbestritten ist — doch gar sehr in der Natur der Sache. Der meiste Streit ist in Ansehung des gesetzlichen Retractrechts über die Frage, ob der Retract nur gegen den Käufer oder auch gegen jeden weiteren Nachfolger desselben — soweit nicht Extinctivverjährung entgegensteht — ausgeübt werden könne. In Ansehung der Erblosung*) (retractus gentilitius) ist das Letztere wohl unbedenklich zu verneinen, weil das Object in der zweiten Hand schon seine Natur verändert hat und kein Stammgut mehr ist; Thibaut civilist. Versuche Thl. II. S. 70., Struben rechtl. Bed. Thl. III. S. 469., Glück Thl. XVI. §. 991. S. 173., Walch Näherrecht S. 303.**) Aber auch von den übrigen Retractsarten vertheidigt Thibaut a. a. O. S. 66. sehr lebhaft die Negative, indem er die Retractsklage überall nur als eine persönliche Klage gelten und gegen keinen successor singularis Platz greifen läßt. Er behauptet: Daraus, daß sie nur gegen den Besitzer der Sache angestellt werden könne, folge nicht, daß sie gegen jeden Besitzer stattfinde, und daß das Object eine Sache sey, entscheide hier gar nichts, denn zunächst und unmittelbar gehe die Klage auf Retrahirung eines Rechtsgeschäfts, durch welches das vorzüglichere Erwerbungsrecht des Retrahenten verletzt ist, und sonach auf Abtretung des vom Käufer illegal erworbenen, blos persönlichen Rechts; wo aber die Natur der Sache es nicht absolut mit sich bringt, müsse man sich jeder Ausdehnung ent-

*) Welche jedoch bei neu erworbenen Gütern cessirt; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. V. Med. 285.

**) Entgegen statuirt das Bayerische Landr., s. Kreittmayr Anm. zu P. IV. cap. V. §. 10. 11., daß die Erblosung auch gegen den Dritten stattfinde, an welchen die Sache veräußert worden ist; Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XIII. S. 30.

halten, da das Retractsrecht überhaupt eher zu beschränken, als zu erweitern sey. Allein die herrschende Meinung stützt sich auf die innere Natur dieses Rechts, welchem nur entweder eine dingliche Klage, s. Walch a. a. O. Bd. I. Hptst. 4. §. 4., Danz Handb. d. deutsch. Privatr. Bd. II. §. 195. S. 207., Phillips Grundſ. d. gem. deutsch. Privatr. Thl. I. S. 523., Mittermaier a. a. O. §. 286. (197.), oder wenigstens eine actio in rem scripta, Gaill Obs. pract. Lib. II. obs. 19. §. 7., Eichhorn a. a. O. §. 103., Gründler Polemik Bd. II. §. 285. S. 77., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. Med. 176., zugeschrieben werden könne. Aeltere Rechtsgelehrte machen zwar einen Unterschied insofern, als der Dritte bei seiner Dazwischenkunft Kenntniß von dem vertragsmäßigen Retractsrecht hatte oder nicht, und glauben, daß ihm im ersten Fall ein dolus zur Last falle; Wernher Obs. for. T. III. P. I. obs. 131. P. II. obs. 425., G. L. Böhmer Rechtsf. Bd. I. Resp. 32. qu. 1. Allein es kann juristisch nicht als dolus angesehen werden, wenn Jemand keine Notiz von einem Vertrage nimmt, den er nicht geschlossen hat, und für dessen Erfüllung zu sorgen ihm nicht obliegt; s. Erk. d. O.-A.-G. zu Lübeck in Seuffert's Archiv Bd. VII. S. 48., vergl. Hommel Rhaps. VI. obs. 883. no. 1., Walch Näherrecht S. 94. no. 5. (Ed. 3.) H. z. T. wird durch ein wohl eingerichtetes Hypothekenwesen, nach welchem Beschränkungen des Eigenthums und der Disposition nicht anders gegen jeden Besitzer geltend gemacht werden können, als wenn sie in den öffentlichen Büchern eingetragen sind, diese Streitfrage fast überall beseitigt seyn; Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XIII. S. 30.

Zu 3) Sehr allgemein hatte man früher dem Retract eine sehr enge Grenze gesetzt, indem man für erforderlich erachtete, daß man die von dem Käufer eingegangenen Bedingnngen vollständig zu erfüllen im Stande seyn müsse, wenn man den Retract ausüben wolle, Seuffert's Archiv XIII. No. 109. Wenngleich dieser Satz, welchen auch noch Mittermaier a. a. O. Bd. II. §. 287, (Ed. 6.) an die Spitze stellt, im Allgemeinen wahr ist, so darf er doch nicht so buchstäblich genommen werden, wenn er nicht, wie auch Mittermaier a. a. O. §. 284. Anm. 32. bemerkt, dazu führen soll, das Retractsrecht auf mannichfache Weise zu eludiren. Der Verkäufer dürfte sich z. B. nur bedingen, daß ihm der Käufer ein Bild male, eine Consultation ertheile u. dergl. Oefters ist der Satz auch gar nicht anwendbar, z. B. wenn der conventionelle Retract darauf gerichtet ist, daß der Berechtigte nur die Kaufsumme, welche er empfangen, nebst den Meliorationen zu prästiren habe, denn dann gehen ihn ja die von

einem andern Käufer eingegangenen Bedingungen gar nichts an. Die meisten neueren Rechtsgelehrten bleiben daher dabei stehen, daß der Retract bei allen Arten des Kaufs stattfinde; Renaud a. a. O. S. 276., Phillips a. a. O. §. 77. Ausgeschlossen bleibt derselbe hiernach bei der Schenkung, bei Theilungen, beim Vergleich und beim Tausch,*) v. Gerber System §. 176. Anm. 3. Daß aber auch durch eine datio in solutum der Retract ausgeschlossen werde, wie Berlich, Lyncker und Andere behaupten, scheint vielmehr verneint werden zu müssen, weil die Gebung an Zahlungsstatt nichts im Wesen des Kaufs ändert, vielmehr in den Gesetzen selbst jene mit diesem verglichen wird; Walch controv. jur. civ. pag. 623. §. 34., Stryck successio ab intestato Diss. VI. cap. 1. §. 30, Boehmer Consult. et Decis. T. II. P. I. Resp. 373. no. 9., Runde deutsch. Privatr. §. 195., Phillips a. a. O. §. 77., vergl. oben allgem. Theil Kap. IV. §. 228.

Bei einem mit einer Schenkung gemischten Verkauf sind zwar im Fall der Gutsüberlassung von Eltern an Kinder keine sonderlichen Zweifel darüber, daß da der Retract wegfalle, Walch l. c. pag. 150., Leyser Sp. 192. med. 1., Hommel Rhaps. Vol. IV. obs. 557., Madihn D. de jure protimiseos ejusque a jure retractus discrimine §. 8., indem eine solche Veräußerung vielmehr als anticipirte Beerbung angesehen wird, Emminghaus Sächs. Pand. S. 551. no. 11.; aber desto mehr divergiren die Meinungen in Ansehung anderer Freundschaftskäufe. Ein Theil behauptet, da sey zwar das Vorkaufs- und nicht das Retractsrecht ausgeschlossen, sondern der Retrahent nur verpflichtet, den durch Sachverständige zu schätzenden wahren Werth zu zahlen; Glück Thl. XVI. S. 166., Pufendorf Obs. jur. univ. T. III. obs. 40. §. 6., Madihn l. c. §. 8. Allein diese Meinung scheint zu sehr gegen den bei allen Beschränkungen der natürlichen Freiheit nothwendigen Grundsatz der strengen Auslegung anzustoßen, und auch die schwankende Distinction Einiger, ob nur besondere Affection als Beweggrund mitgewirkt habe, oder eine Schenkung beabsichtigt war, Mittermaier a. a. O. Bd. II. S. 42., scheint von der

*) Eine kaum denkbare Ausnahme macht hierbei Glück Thl. XVI. S. 161. für den Fall, wenn der Retrahent sich in den Stand setzen könnte, dem Acquirenten dieselbe Sache, welche er für die zu retrahirende gegeben hat, in Natur wieder zu verschaffen oder der Gattung nach zu ersetzen, und eine andere willkürliche Ausnahme macht Struv Jurispr. Romano-Germanica Lib. III. tit. 11. §. 36. bei einem mit Tausch gemischten Verkauf dann, wenn die Geldleistung prävalirt.

praktischen Seite nicht empfehlenswerth, daher wohl die meisten Rechtsgelehrten der Meinung sind, gleichwie bei der Schenkung überhaupt, so auch bei derjenigen, welche die Form eines Kaufcontracts angenommen hat (s. g. Freundschaftskauf, venditio gratiosa),*) müsse der Retract wegfallen; Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 243. S. 245. der 2. Ausg., Phillips a. a. O. Bd. I. S. 525., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 102., Leyser Sp. 192. med. 2., Walch a. a. O. S. 153. (Ed. 2.) Eine Distinction macht Glück Thl. XVI. S. 166., der Retract habe statt oder nicht, je nachdem der geschenkte vom verkauften Theile sich trennen lasse oder nicht.

Ein mit dem Verkauf verbundener Verpflegungsvertrag ist höchst persönlicher Natur, daher der Verkäufer, welcher sich Kost, Wohnung und Pflege vom Käufer bedungen hat, nicht gezwungen werden kann, einen Andern dafür eintreten zu lassen; Glück a. a. O. S. 164., Eichhorn a. a. O. §. 102., Leyser Sp. 194. med. 3., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VIII. Med. 429., Struben rechtl. Bed. Thl. IV. Bed. 126., Gründler Polemik Bd. II. §. 290., Walch a. a. O. S. 150.

Zu 4) Wenn mehrere nicht in absoluter Connexität begriffene Objecte zusammen verkauft werden, so können entweder alle dem Retract unterworfen seyn, oder nur einige, und die andern nicht. Im ersten Falle kann man nicht wider Willen des Käufers nach Willkür einzelne retrahiren, sondern entweder alle oder keines, besonders wenn alle in einem ungetheilten Gesammtpreis begriffen sind; Harmenopul. Manuale leg. Lib. III. tit. 3. no. 116. in Meermann thesaur. nov. supplem. pag. 183., Gmelin D. de singulari jure rerum plurium, quae non sine damno vel offensa pietatis separantur §. 26. Im Wesentlichen nicht abweichend ist Glück Thl. XVI. S. 184. Im zweiten Fall soll zwar nach der Meinung Einiger der Retract ganz wegfallen; Hommel Rhaps. Vol. I. obs. 43. et ibi cit., Wernher P. V. Observ. 222., Coler Dec. 229. no. 2., Berlich Conclus. Dec. 165. no. 5. dec. 166. no. 1., Lyncker Decis. Cent. 11. dec. 189., Struv jurispr. for. Lib. III. tit. 11. §. 34. Nach Andern soll es von dem freien Willen des Käufers abhängen, ob er dem Retrahenten die dem Retract unterworfenen Objecte getrennt von den übrigen überlassen will, Seeger D. de re singulari e pluribus uno

*) [Ein zwischen Verkäufer und Käufer bestehendes Freundschaftsverhältniß macht einen Kauf noch nicht zum Freundschaftskauf, ebensowenig die bloße Absicht, dem Käufer vor Anderen die Waare zuzuwenden; Seuffert's Archiv XIII. no. 110.]

pretio venditis retrahenda §. 17., Hoffmann Tr. de jure rerum individuarum Cap. IV. Sect. III. no. 91., Schorch Disqu. de retractu rei singularis ex pluribus simul uno pretio venditis. Erf. 1783. pag. 4., Walch Näherrecht Bd. I. Hptstck. 3. Abschn. 3. §. 14., was jedoch wieder von Andern dahin limitirt wird, falls im Verkaufscontract ausgemacht worden ist, daß Alles beisammen bleiben müsse, so daß also der Käufer den Kauf gar nicht geschlossen haben würde, wenn er das dem Retract unterworfene Grundstück nicht auch mit den übrigen erhalten sollte; Gründler Polemik Bd. II. §. 287 b. S. 80. Noch Andere gestatten dem Retractsberechtigten unbedingt, die dem Retract unterworfenen Stücke herauszuheben, und an ihnen den Retract auszuüben, ohne daß er die anderen mit zu übernehmen braucht; Mittermaier a. a. O. §. 287. S. 41.

Am meisten scheinen dem Rechtssinne folgende Grundsätze zu entsprechen: Der nur in Hinsicht einzelner Stücke Retractsberechtigte kann den Käufer nicht zwingen, ihm auch die übrigen abzutreten, und umgekehrt kann der Käufer diese auch nicht dem Retractsberechtigten aufdringen; das Retractsrecht bleibt aber in Ansehung der demselben unterworfenen Stücke ungehindert bestehen, und wenn der Preis nicht stückweise bestimmt ist, so muß der Preis der inbegriffenen retractspflichtigen Stücke durch Schätzung festgestellt werden, Seuffert's Archiv XV. no. 236. Von dieser Regel sind aber folgende Fälle auszunehmen: a) wenn zwischen den rectractspflichtigen und nicht retractspflichtigen Stücken eine solche Connexität obwaltet, daß ihr Werth durch die Verbindung größer, durch die Trennung aber geringer wird; b) wenn der Käufer im Kaufgeschäft sich die Unzertrenntheit bedungen hat; denn dann kann weder der Retrahent gezwungen werden, alle zu übernehmen, noch kann auf der andern Seite der Käufer an seinen Kauf gebunden seyn, vielmehr löst sich dieser gänzlich auf, Gmelin l. c. §. 26. Im Wesentlichen stimmen damit überein Glück Thl. XVI. S. 182., Danz zu Runde Bd. II. S. 203., Voet Comm. ad Pand. Lib. 18. tit. 3. no. 22.

Zu 5) Gegen frühere Dissentienten, z. B. Voet l. c. §. 23., Hommel Rhaps. Vol. IV. obs. 688., Becker Samml. merkw. Rechtsf. Bd. I. no. 22., ist die bejahende Entscheidung, sowohl was die freiwillige als die nothwendige Subhastation betrifft, nun wohl allgemein angenommen, Walch Näherrecht Bd. I. S. 126., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. S. 5., und zwar auch noch nach erfolgter Adjudication, Glück Thl. XVI. S. 159. Anm. 40., Zangen Beitr. Thl. I. S. 21. Thl. II. S. 30., Maurenbrecher deutsch. Privatr. Bd. I.

S. 683. Anm. 11., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. II. S. 377., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 96. Anm. 24., Kind Qu. for. T. IV. p. 324., nur mit der Ausnahme, daß bei fiscalischen Subhastationen das Einstandsrecht nach der Adjudication nicht mehr zugelassen wird; l. 5. C. 10. 3. — l. 2. u. 3. C. 4. 46.

Zu 6) Nicht eher kann der Retrahent die Früchte in Anspruch nehmen, als nachdem er den nämlichen Kaufpreis*) nebst Vergütung alles vom Käufer gemachten sonstigen nothwendigen oder nützlichen Aufwands,**) soweit er nicht dafür durch den Genuß der Sache entschädigt ist, realiter offerirt hat,***) Glück Thl. XVI. S. 186 ff. [Seuffert's Archiv XI. no. 78 b. 274. XII. no. 56.], gegen Walch Näherrecht §. 18. und Danz zu Runde Bd. II. §. 195. S. 203., welche den Retrahenten nur für die nothwendigen oder gar nur für die außerordentlichen Kosten verbunden erachten, was gewiß unrichtig ist, da der Käufer wahrer Eigenthümer, und also nicht wie ein Usufructuar oder bonae fidei possessor rücksichtlich seines Aufwandes beschränkt war. Demgemäß erhält der Retrahent zwar die hängenden Früchte als pars fundi, aber nicht ohne Vergütung der vom Käufer darauf verwandten Kosten; Glück a. a. O., Gebr. Overbeck Medit. Bd. X. Med. 498.

Zu 7) Man darf hier nicht das Vorkaufsrecht (jus protimiseos) und den Retract mit einander verwechseln. In Betreff des ersteren dauert die blos persönliche Klage auf das Interesse gegen den Verkäufer 30 Jahre lang, von Zeit des geschehenen Verkaufs; Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 245., Glück Thl. XVI. S. 191. §. 996. Die Verjährung des deutschrechtlichen Retracts muß nach ziemlich übereinstimmender Meinung der Rechtslehrer vermöge der Natur dieses Instituts, auch wenn es nicht ausdrücklich Landesgesetze bestimmen, auf Jahr und Tag nach deutschen Rechten und Gewohnheiten bestimmt werden; Walch Näherrecht Bd. I. Hauptst. V. §. 13.,

---

*) Ohne Rücksicht auf verminderten Werth, wenn nicht anders schuldhafte Verschlechterung durch den Beklagten nachgewiesen werden kann; Mittermaier a. a. O. Bd. II. S. 44., Phillips a. a. O. Bd. I. S. 484.

**) Für Meliorationen hat er nichts zu ersetzen, doch ist dem Käufer das jus tollendi zu gestatten; Renaud a. a. O. S. 278., Phillips a. a. O. Bd. I. S. 527.

***) Daher hat auch der Beklagte die während dem Proceß genossenen Früchte nicht von der Zeit der auf die Klage erhaltenen Vorladung oder der Litiscontestation herauszugeben, sondern erst von der Zeit an, da der Retractsberechtigte entweder deponirt oder realiter offerirt hat; s. v. Bülow u. Hagemann a. a. O. Bd. III. S. 9.

Glück a. a. O. S. 190., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. V. no. 25., Eichhorn a. a. O. §. 104, Unterholzner Verjährungslehre Thl. II. §. 251., Mittermaier a. a. O. Bd. II. S. 45. §. 289., Zangen Beitr. Bd. I. S. 86 ff. Bd. II. S. 57. Es ist auch gegen mehrere bei Walch a. a. O. angeführte Dissentienten von den Neueren sehr allgemein anerkannt, daß demjenigen, welchem der Kauf vor der Uebergabe nicht angezeigt wurde, die Verjährungsfrist nicht schon von der Zeit des Kaufabschlusses, sondern der Uebergabe und dem Retractsberechtigten davon zugekommener Kenntniß zu laufen anfängt; Eichhorn a. a. O., Glück a. a. O., Phillips deutsch. Privatr. Bd. I. S. 681., Mittermaier a. a. O. Bd. II. §. 289., Gebr. Overbeck Medit. Bd. VII. S. 171. Bd. IX. S. 38. — Der Beweis, daß die Frist abgelaufen sey und der Kläger sein Recht verloren habe, liegt dem Beklagten ob, Arnold Beitr. zum deutsch. Privatr. Bd. II. S. 215. Anm 3., Mittermaier a. a. O. S. 45. Anm. 9., Gründler a. a. O. §. 299.

Zu 8) Bloßes Stillschweigen kann, auch wenn der Retractsberechtigte von dem vorgegangenen Verkauf wußte, nicht für Entsagung gelten, und selbst Handlungen können zur Annahme einer thätlichen Einwilligung nur dann berechtigen, wenn sie vollkommen concludent sind. Dagegen, wenn der Lehnsherr als solcher consentirt, oder der Richter von Amtswegen den Kauf bestätigt, hat er dadurch seine Zuständigkeit als Retractsberechtigter ebensowenig verloren, als wenn er blos als Zeuge den Contract unterschreibt; Glück Thl. XVI. S. 191., Mittermaier a. a. O. §. 289. Erklärt sich der Retractsberechtigte zweideutig, so wird gegen ihn interpretirt; Leyser Sp. 195. med. 6., Phillips a. a. O. S. 532. Anm. 13. Daß aber, wie Phillips a. a. O. lehrt, irgend eine Erklärung des Retractsberechtigten, nicht kaufen zu wollen, ihn der Freiheit, seinen Willen zu ändern, beraube, dürfte wohl nur von dem Fall zu verstehen seyn, wenn ihm bereits ein Käufer angezeigt worden ist. Außerdem möchte eine solche Erklärung dann, wenn sich erst später ein Käufer zeigt, kaum präjudiciren, denn der Retractsberechtigte konnte ja erst erwarten wollen, ob ihm die Ausübung des Retracts nothwendig werden, und wie viel er aufzuwenden gezwungen seyn würde, um das Gut nicht in fremde Hände kommen zu lassen; Albrecht Entscheid. merkw. Rechtsfälle Bd. III. no. 132. Dagegen wer eine gemeinschaftliche Sache verkauft, kann offenbar nicht retrahiren; Danz, Gmelin u. Tafinger krit. Archiv d. neuesten jurid. Literatur Bd. IV. S. 247. Aus demselben Grund könnte auch wohl dem Retractsberechtigten, wenn er

das Object in öffentlicher Auction hinaufgesteigert hat — was freilich nur dann denkbar ist, wenn er mit seinem Recht unbekannt war — nicht hinterher noch der Rückgriff auf das ohnehin nicht zu begünstigende Retractsrecht gestattet werden, nachdem er es thätlich verzichtet hat. Denn jeder Licitant räumt jedem Mitlicitanten die Befugniß ein, durch Ueberbieten Herr der Sache zu werden, und das ihm bereits eingeräumte Recht kann ihm wider seinen Willen nicht wieder entzogen werden. Dagegen kann man nicht einwenden, zeitweiliger Nichtgebrauch eines Rechts mache desselben noch nicht verlustig, denn hier ist nicht von bloßem Nichtgebrauch, sondern vom absoluten Entgegenhandeln gegen das nun behauptete Recht die Rede, weshalb die Grundsätze vom thatsächlichen Verzicht in Anwendung kommen müssen.

Zu 9) Daß der Verkäufer dem Käufer, wenn er sich nicht ausdrücklich dazu verpflichtet hat, zur Gewährleistung nicht verbunden sey, wird zwar häufig behauptet, Becker Samml. von Rechtsfällen Bd. II. S. 281., Leyser Sp. 193. med. 11., Walch Näherrecht Bd. I. Hauptst. IV. §. 7. und die dort angeführten Autoren; allein das dafür angeführte Motiv: die Evictionsverbindlichkeit setze einen solchen Grund voraus, aus welchem die Sache dem Verkäufer selbst hätte abgenommen werden können, scheint unzureichend, daher denjenigen beizupflichten seyn wird, welche diese Behauptung auf den Fall einschränken, da der Käufer das Daseyn eines Retractsrechts rechtmäßigerweise nicht ignoriren konnte, Eichhorn a. a. O. §. 103., Danz zu Runde Bd. II. S. 208. Daß dies nur bei dem vertragsmäßigen und testamentarischen, nicht aber bei dem gesetzlichen Retractsrecht der Fall seyn könne, nimmt Mittermaier a. a. O. §. 285. zwar für ausgemacht an, allein dies dürfte doch einer Einschränkung unterliegen, denn das Nichtwissen des Käufers würde dann wohl als gerechtfertigt anzuerkennen seyn, wenn der Verkäufer dem Käufer die Qualität oder die Classe von Gütern nicht angezeigt hat, vermöge welcher das Gut einem gesetzlichen Retract unterworfen ist, Danz a. a. O. Für die Evictionsverbindlichkeit erklärt sich Phillips a. a. O. Bd. I. S. 486. wegen der Unterlassung des Anbietens, und weil nach dem alten Rechte der Uebertragende Jahr und Tag Gewähr leisten muß.

Zu 9a) Wenn Mehrere ihr Näherrecht auf den nämlichen Grund stützen, so kann — mit Ausnahme der Erblosung, bei welcher es blos auf die Nähe des Grades ankommt — nur Prävention [Seuffert's Archiv XII. no. 54.] oder allenfalls das Loos entscheiden; v. Gerber

System §. 177. a. E. Stützen sie aber ihr Recht auf verschiedene Gründe, so findet man über die Rangordnung der verschiedenen Retractsrechte keine Einigkeit unter den Germanisten, vgl. Runde a. a. O. §. 197., Eichhorn a. a. O. §. 104., Mittermaier a. a. O. §. 289., Phillips a. a. O. §. 78., Maurenbrecher deutsch. Privatr. §. 318., daher, wenn nicht durch Gesetz oder Gebrauch eine Rangordnung unter den einzelnen Näherrechten festgesetzt ist, auch wohl nur Prävention oder das Loos entscheiden kann; Phillips a. a. O. §. 78., v. Gerber a. a. O.

Zu 10) Für die bejahende Meinung wird angeführt: daraus, daß die Ordnung, das Revocations- und Retracts-Recht zu exerciren, sich nach dem ordo succedendi richtet, folge nicht, daß der Nächste in der Successionsordnung die Ausübung seines Rechts so lange verschieben müsse, bis der Alienant todt ist, denn einestheils könne das Retractsrecht nur binnen einem Jahr, von Zeit der bekannt gewordenen Veräußerung an gerechnet, ausgeübt werden, anderntheils stehe dieses Recht den Söhnen nicht als Erben des Veräußerers, sondern vermöge der Lehnsgesetze und der Abstammnng vom ersten Erwerber zu, und sey ein vom Todesfall des Veräußerers ganz unabhängiges Familien- und Verwandtschaftsrecht. Auch werde ja jede andere Art des Retracts gleich nach geschehener Veräußerung exercirt. Dagegen kommt aber in Betracht, daß das jus succedendi, so lange der Vater lebt, noch nicht auf die Söhne devolvirt ist, daß sie noch gar nicht qualitatem vasalliticam haben, und noch immer, wenngleich wahrscheinlich, doch nicht gewiß ist, daß sie sie erlangen werden, der Retract aber ein jus praesens, nicht futurum voraussetzt; v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. V. no. 24.

Zu 11) Wenn ein Preis für den Wiederkauf ausgemacht ist, so bleibt es dabei und zwar, wie Glück Thl. XVI. S. 219. und Claproth Jurisprud. heurematica P. II. pag. 219. gegen Madihn Princ. jur. Rom. P. II. §. 185., und Nettelbladt D. de expensarum et pretii restitutione in retrovenditione Cap. IV. §. 48. ausführt, ohne Abzug für zufällige Deteriorationen.*) Ist aber der Preis unbestimmt gelassen, so halten die angesehensten Rechtsgelehrten unserer Zeit den Wiederkäufer lediglich zur Erstattung des empfangenen Preises verpflichtet,**) was wohl das Natürlichste ist, denn der für die andere

*) In Hinsicht auf culpa gelten die allgemeinen Regeln des Kaufgeschäfts.

**) Den hiefür in Glück Thl. XVI. S. 220. Anm. 23. angeführten Autoritäten, namentlich Voet, Pufendorf, Cocceji, Malblanc, Hof-

Meinung, daß der Preis dann durch Schätzung zu bestimmen sey,*) aufgestellte Grund, daß der Wiederkauf ein neuer Kauf sey, beweist ja nicht, daß deshalb ein neuer und noch dazu ganz unbestimmbarer Preis untergestellt werden müsse, und nicht vielmehr der vorige beiden Contrahenten bekannte Preis stillschweigend zum Grunde gelegt werden könne. Koch a. a. O. S. 254. d. 2. Ausg. begründet diese Ansicht auch durch die Bemerkung, da ein Kauf ohne Preisbestimmung nicht stattfinde, so sey ein pactum de retrovendendo, in welchem kein Preis bestimmt ist, gar nicht anders anzusehen, denn als ein Vorbehalt der Wiederauflösung des Kaufs.**) Ein sonderbarer Fall, in welchem eigentlich kein Rückkauf, sondern ein unentgeltlicher Rückfall stipulirt war, ist in v. Berg jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle Th. I. S. 88. abgehandelt. Die A. verkauft an die B. ihr Schloß sammt Zubehör, dergestalt, daß Käuferin $1/3$ des veranschlagten Werths zu zahlen, außerdem $1/6$ desselben zu verzinsen, bei ihrem Absterben aber das Object unmangelhaft und zwar unentgeltlich an die Verkäuferin zu restituiren sich verpflichtete. Da die Zurückgabe durch feindliche Zerstörung des Schlosses verhindert worden war, wollte die

---

acker, Günther, Thibaut, sind noch beizuzählen Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 246. S. 254. d. 2. Ausg., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. V. Med. 299., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 535., Carpzov Jurispr. for. P. II. Const. 1. def. 22., Thomasius D. de usu pract. accuratae distinctionis inter emtionem cum pacto de retrovendendo et contractum pignorat. Hal. 1707. Cap. 3. §. 1., Schilter Sp. de retrovend. Cap. 12. §. 10., Struv Synt. Ex. XXIII. §. 45., Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 5. th. 8. no. 4., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 337. (§. 273.)

*) Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. 407., Walch Controv. j. c. pag. 621., Leyser Sp. 191. med. 9., Hommel Rhaps. obs. 326. Vol. II., Glück Thl. XVI. S. 220. u. die Citate in Anm. 25. das., Schilling Lehrb. f. Institt. Bd. III. S. 651., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 116.

**) Ueber die Verbindlichkeit des Wiederkäufers zur Vergütung solcher Verwendungen, ohne welche die Erhaltung der Sache gefährdet war, s. Glück Thl. XVI. S. 221., Leyser Sp. 191. med. 13., Walch Controv. j. c. pag. 620. §. 31. — Man muß zwischen solchen aufgewendeten Unkosten, gegen welche die Nutzungen in Compensation kommen, und eigentlichen Meliorationen, durch welche der Wiederkäufer bereichert würde, unterscheiden. Erstere, z. B. selbst Kriegskosten, kommen beim Rückkauf nicht in Anschlag, Leyser l. c., wohl aber letztere, soweit sie noch vorhanden sind, Thibaut Syst. §. 616. (Ed. 8.), Glück a. a. O., daher, wenn ein verkauftes Gebäude durch bloßen Zufall abgebrannt ist, muß bei Ausübung des Wiederkaufs Ersatz für die auf dessen Wiederherstellung verwandten Kosten geleistet werden; Leyser l. c., Glück a. a. O. Anm. 27.

auf Zurückgabe verklagte Käuferin sich mit dem Einwand schützen, daß das Geschäft eigentlich nur ein Pacht gewesen sey. Allein da der Contract es ausdrücklich als Kauf und Verkauf ausgesprochen und die Käuferin auch ausdrücklich in demselben nach der Natur dieses Contracts für Unglücksfälle einzustehen sich verpflichtet hatte, so mußten wohl auch ihre rechtlichen Verbindlichkeiten hiernach bemessen werden.

Zu 12) Daß die Verbindlichkeit des Käufers aus dem pacto de retrovendendo auch auf dessen Erben übergehe, ist unbestritten; Glück Thl. XVI. §. 997. S. 202., Koch a. a. O. Bd. III. §. 247. Zweifelhaft aber ist es, ob auch das Recht des Verkäufers, wenn er es bei seinen Lebzeiten nicht ausgeübt hat, doch von seinen Erben noch geltend gemacht werden könne. Bejahend entscheidet Stryck Us. mod. Pand. Lib. XVIII. tit. 1. §. 50., Schmidt Lehrb. von Klagen und Einreden §. 909., Donell. ad l. 2. C. de pact. inter emtor. no. 13—16., Brunnemann ad l. 2. cit. no. 6., vgl. obige Fr. 1. lit. c. S. 768.

Die verneinende Meinung hat das Preuß. Landr. Th. I. Tit. 11. §. 316. und das Oesterreich. bürgerliche Gesetzbuch §. 1070. gewiß mit Recht angenommen.

Zu 13) Die Untheilbarkeit des Rechts scheint zwar dem entgegenzustehen, jedoch wird nach gemeinem Recht fast allgemein angenommen, daß auch Einer der Berechtigten das ihm mit Mehreren gemeinschaftliche Wiederkaufsrecht ausüben könne, wenn er dem Verpflichteten Sicherheit gegen die Ansprüche der Uebrigen leistet; Carpzov Jurispr. for. P. II. Const. 1. def. 11., Berlich Conclus. P. II. concl. 2. no. 32., Schneidewin Comm. Inst. ad §. 28. Inst. de action. no. 20., Brunnemann l. c. no. 7—10., Erk. d. O.-A.-G. zu Dresden, s. Sächs. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. 1840. S. 145., Strippelmann Entsch. Bd. VI. S. 268., Seuffert's Archiv XII. no. 55.

Zu 14) Aus der schon gemachten Bemerkung, daß der Vorbehalt des Wiederkaufs nur eine persönliche Klage gegen den Käufer erzwingen kann, folgt, daß der Verkäufer keinerlei Recht gegen einen Dritten geltend machen kann. Hievon gilt auch nicht, wie Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 247. annimmt, dann eine Ausnahme, wenn der Dritte das Rechtsverhältniß gekannt hat, oder die revocatio ex tunc ausdrücklich ausbedungen war. Die Klage gegen den treubrüchigen Contrahenten geht, im Fall er die Sache anderweit veräußert hat, nicht, wie Glück Thl. XVI. S. 202. annimmt, blos auf das Interesse,

sondern dieser muß dann die Sache um jeden Preis verschaffen. In den Gesetzen wird dem Wiederkaufsberechtigten eine der Klage aus dem Kauf gleichstehende Klage gegeben, l. 12. D. 19. 5. — l. 2. C. 4. 54. — l. 6. C. 4. 64., und diese geht nicht auf Erfüllung oder Entschädigung, sondern auf erstere allein, wenigstens zunächst; §. 1. J. 3. 24. — l. 11. §. 1. 2. D. 19. 1. Dem stehen nicht l. 68. §. 2. D. 18. 1. u. l. 4. C. 4. 49. entgegen, indem in diesen Gesetzen die durch den dolus des Verkäufers herbeigeführte Unmöglichkeit vorausgesetzt wird. Analog kommen auch diejenigen Gesetze in Betracht, welche aus dem Versprechen, Jemandem eine dem Promittenten nicht gehörige Sache zuzueignen, eine Klage auf Erfüllung gewähren; l. 25. §. 1. l. 28. D. 18. 1. — l. 13. u. 33. D. 39. 6. — l. 34. 35. pr. l. 137. §. 4. D. 45. 1. — §. 4. J. 2. 20. — l. 39. §. 7. l. 71. §. 3. D. de legat. I. (30.), Erk. d. O.-A.-G. zu Dresden im Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1848. no. 49.

Zu 15) Es bestehen hierüber, falls die Dauer des Rückkaufsrechts nicht durch den Vertrag festgesetzt ist, dreierlei Meinungen: 1) es dauere 30 Jahre; 2) es sey als res merae facultatis gar keiner Verjährung unterworfen; 3) wenn in Beziehung auf die Zeit gesagt worden ist: „zu jeder Zeit — über kurz oder lang" u. dgl., so erlösche das Recht gar nicht durch Zeitablauf; wenn aber die Zeit schlechthin unbestimmt gelassen wurde, so trete die 30jährige Verjährung ein. Die Literatur dieser Streitfrage s. Glück Thl. XVI. §. 998., welcher das Uebergewicht der Gründe für die letztere Meinung umfänglich auseinandersetzt. Der Anfangspunkt dieser Verjährung wird gewöhnlich auf den Zeitpunkt des ersten Kaufabschlusses, Schilling a. a. O. Bd. III. S. 651., aber consequenter wohl auf den Zeitpunkt der Tradition an den ersten Käufer gesetzt, Glück a. a. O. S. 213. Wäre aber für die Ausübung des Wiederkaufsrechts ein terminus a quo bedungen, z. B. dem Verkäufer solle es frei stehen, nach 10 Jahren, wenn er dazu Lust hat, das Gut wieder an sich zu bringen, dann kann die 30jährige Verjährungszeit erst vom Ablauf der 10 Jahre an beginnen. Nach v. Savigny System Bd. V. S. 304., welchem auch Sintenis Civilr. Bd. II. §. 116. Anm. 233. beitritt, kann die Verjährung des auf unbestimmte Zeit stipulirten Wiederkaufsrechts nicht eher anfangen, als wenn der erste Verkäufer die Absicht des Wiederkaufs ausgesprochen hat. Es wäre demnach das Verhältniß ganz ähnlich dem auf unbestimmte Zeit und Benutzung gegebenen Commodat; vgl. Glück Thl. XVI. S. 212., Thibaut über Besitz u. Verjährung S. 124.

Zu 16) Mit der Erneuerung eines Pachts erneuern sich zwar auch die bei demselben eingegangenen accessorischen Verbindlichkeiten, z. B. die Pfänder von selbst, l. 13. §. 11. D. 19. 2. — l. 16. C. 4. 65., allein der Wiederkaufsvertrag ist ein für sich selbst bestehender Vertrag und endigt sich also auch nur in Gemäßheit seiner eigenthümlichen Bestimmung; Gebr. Overbeck Medit. Bd. X. Med. 511.

Zu 17) Allerdings; Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 406. Anm. 3., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 273.

Anmerk. Das pactum de retroemendo ist nach den nämlichen Grundsätzen, wie das pactum de retrovendendo, zu beurtheilen; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. Med. 111., Schweppe a. a. O. Bd. III. S. 406. §. 535.

Kapitel X.

Tauschvertrag.

§. 296.

Dig. XIX. 4. de rerum permutatione. Cod. IV. 64. de rerum permutatione et praescriptis verbis.

Da nach heutigem Recht, wo die bloße Uebereinkunft schon bindend ist, kaum ein wesentlicher Unterschied*) zwischen dem Tausch- und dem Kaufgeschäft übrig bleibt, so kann im Allgemeinen auf das vorige Kapitel zurückgewiesen werden.

Die Abweichungen des Ersteren vom Letzteren findet man darin, daß a) der Tausch nicht wie der Kaufcontract durch bloße Einwilligung,**) sondern erst durch die von einer Seite geschehene Ueber-

*) Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 333. will gar keinen reellen Unterschied mehr erkennen; s. dagegen l. 1. §. 1. D. 18. 1. und vorzüglich l. 1. pr. D. 19. 4., v. d. Pfordten Abhandl. aus dem Pand.-R. S. 251.

**) Die bloße Vereinbarung der Interessenten über einen Tausch (die ein nudum pactum ist) heißt placitum permutationis, l. 3. l. 4. C. 4. 64., welchem aber freilich h. z. T. die Klagbarkeit wie jedem anderen pactum nudum zugestanden werden muß; Glück Thl. XVIII. S. 115., Höpfner Institt. §. 802. Anm. 6. S. 872., Puchta Pand. §. 359. [S. folg. Anm.]

gabe der Sache begründet wird, l. 1. §. 2. D. 19. 4.; b) beim Tausch Eigenthum übertragen werden muß, während der Verkäufer blos zur Ueberlieferung der Sache (zum tradere) in der Regel verbunden ist; daher beim Tausch, um das Gegebene zurückzufordern, es schon genug ist, daß sich ein Anderer als Eigenthümer der dagegen empfangenen Sache gemeldet hat, und nicht wie beim Kauf so lange gewartet zu werden braucht, bis die Sache wirklich evincirt ist. Duntze im civilist. Archiv Bd. X. S. 369. §. 6., Marezoll in Linde's Zeitschrift Bd. I. S. 462., vgl. Walch Controv. jur. civ. pag. 662.; c) daß beim Tausch, selbst ohne eingetretene Gegenleistung, das Eigenthum der Sache auf den Empfänger übergeht, während beim Kauf entweder bezahlt oder creditirt sein muß, um den Uebergang des Eigenthums der verkauften und tradirten Sache auf den Empfänger zu bewirken; d) daß beim Kauf in der Regel nur auf Erfüllung geklagt werden kann, beim Tausch dagegen dem Geber, wenn die versprochene Gegenleistung durch die Schuld des Empfängers nicht erfolgt, die Wahl zukommt, auf Erfüllung oder Leistung des Interesse zu klagen, oder das Gegebene condict. ob causam datorum zurückzufordern, l. 5. §. 1. D. 19. 5. — l. 4. 5. 7. C. 4. 64.; e) daß fremde Sachen wohl Gegenstand eines Verkaufs- aber nicht eines giltigen Tauschgeschäfts seyn können, s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1851. S. 261.*) — Die Grundsätze des Aedilischen Rechts und wegen Verletzung über die Hälfte muß man ohne Zweifel beim Tausch ebenso wie beim Kauf anerkennen, l. 2. D. 19. 4. — l. 19. §. 5. D. 21. 1., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 302. §. 486. Wer den casus zu tragen habe, war schon im allg. Theil d. Obl.-R. Kap. IV. §. 234. Fr. 1. Gegenstand unserer Betrachtung. Abweichend ist hier Unterholzner a. a. O. S. 301., indem er die l. 5. §. 1. D. 19. 5. dahin erklärt: „Die Gefahr des Untergangs trifft denjenigen, der zur Ueberlieferung der Sache verpflichtet ist, derjenige, welcher seinerseits früher geleistet hatte, kann keine Ersatzleistung verlangen, aber das Gegebene zurückfordern." Ebenso Cocceji J. C. Lib. XIX. tit. 4. qu. 12. und Mühlenbruch Lehrb. Bd. II. §. 407. no. 5. mit einer Einschränkung, nämlich: beim Tausch treffe den, welcher bereits gegeben hat, die Gefahr der ihm dagegen zu gebenden Sache alsdann nicht, wenn der Geber beim Hingeben die Bedingung der

*) [Die sub a. und e. angegebenen Kriterien lassen sich auf den Tauschvertrag des heutigen Rechts nicht übertragen, da derselbe Consensualvertrag ist. Hiermit dürfte auch die Annahme eines placitum permutationis unvereinbar seyn.]

Gegenleistung ausdrücklich erklärt habe. Diesen Meinungen steht aber nicht nur die verschiedentlich zu deuten versuchte l. 5. §. 1. D. 19. 5. si scyphos etc., sondern auch l. 10. C. 4. 6. entgegen: pecuniam a te datam, licet causa, pro qua data est, non culpa accipientis sed fortuito casu non est secuta, minime repeti posse certum est. Damit bestätigt sich vielmehr der Grundsatz: der Zeitpunkt der Perfection des Vertrags entscheidet darüber, wer den Zufall, der das Object desselben betroffen hat, zu tragen habe. Nur der Zeitpunkt der Perfection ist verschieden beim Verkauf und beim Tausch; ersterer wird schon durch den Consens perfect, letzterer nur durch von einer oder von beiden Seiten erfolgte datio, v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 591., Schilling Lehrb. Bd. III. §. 326. a. E.

Zuweilen kann es zweifelhaft werden, ob ein Geschäft als Tausch- oder Kaufgeschäft zu behandeln sey. Nach l. 1. pr. D. 19. 4. möchte der Anhaltpunkt für die Beurtheilung auf folgende Weise zu finden seyn. Wesentlich ist beim Kauf auf der einen Seite Kaufwaare (merx), auf der andern pretium. Ueber merx gelten andere Grundsätze, als über pretium, denn wer das pretium zu zahlen hat, muß den Empfänger zum Eigenthümer desselben machen, nicht so, wer die Waare zu geben hat, er ist blos schuldig, die Waare ohne dolus zu tradiren und für Eviction zu haften. Wenn nun gegenseitig Sachen gegeben werden, wie will man dann unterscheiden, welche von beiden pretium, welche merx ist? Das angeführte Gesetz erachtet dies in dem Fall für möglich, wenn das Geschäft aus der auf Verkauf gerichteten Absicht entstanden, eine Sache feil geboten, res venalis war, Marezoll a. a. O. Das Geschäft kann aber auch gemischt vorkommen, wenn von der einen Seite eine Sache, von der andern eine Sache und Geld gegeben wird. Da wird man wohl auf den Hauptgegenstand sehen, und davon Nebenpunkte, z. B. ob das Geld nur zur Ausgleichung gegeben worden ist, unterscheiden müssen; Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 497. Ob blos Sachen oder auch Forderungen und andere Rechtsobjecte Gegenstand des Tausches seyn können, wie Mühlenbruch Lehrb. §. 407. Anm. 3. u. Unterholzner Schuldverh. §. 486. annimmt, wird von Andern bezweifelt, Schilling a. a. O. S. 603. Anm. c. Die Gesetze sprechen allerdings blos de *rerum* permutatione.

Kapitel XI.

Trödelvertrag.

§. 297.

Dig. XIX. 3. de aestimatoria actione.

1) Steht es dem Eigenthümer frei, seine Sache vom Trödler zurückzufordern, so lange sie dieser noch nicht verkauft hat?
2) Hat der Trödler den casus zu tragen?
3) Ist es ein Trödelvertrag oder ein Societätsgeschäft, wenn ich Jemandem meine Sache nach einem taxirten Werth zum Verkauf übertrage, mit der Bestimmung, daß der Mehrerlös zwischen mir und ihm getheilt werde?
4) Wird der Trödelcontract im Zweifel vermuthet?

Zu 1) Der Trödler, welchem eine Sache zum Verhandeln um einen bestimmten Preis gegeben wird, übernimmt eine alternative Verbindlichkeit, in gesetzter Frist entweder die Sache unversehrt zurückzuliefern, oder den bestimmten Preis zu überbringen.*) Diese Wahl steht ihm aber nur insofern zu, als aus dem Contract gegen ihn auf Erfüllung geklagt wird. Das Recht des Eigenthümers, vor dem Verkauf seiner Sache den Contract wieder aufzuheben, wird dadurch nach den [aber gewiß nicht recipirten] Grundsätzen des R. R. nicht alterirt. Zu dieser Ansicht wird man gegen den Widerspruch einiger Schriftsteller, namentlich Floerke D. de contr. aestim. §. 14., Riccius D. de mercibus in commissionem mercatori ad vendendum datis. §. 54., besonders durch die Verwandtschaft dieses Vertrags mit ähnlichen Rechtsgeschäften, z. B. dem Mandat, Depositum und der Societät bestimmt, Glück Thl. XVIII. S. 64., Cocceji J. C. Lib. XIX. tit. 3.

---

*) l. 1. §. 1. D. 19. 3. Daß der Mehrerlös dem Trödler nach der Natur des Contracts, mithin auch ohne besondere Verabredung gehöre, ist gegen wenige Dissentienten wohl allgemein angenommen, Glück Thl. XVIII. S. 65., Cocceji J. C. Lib. XIX. tit. 4. qu. 14., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 243. (§. 193.), Schilling Lehrb. f. Inst. Bd. III. §. 327. Anm. e., auch wenn ihm außerdem noch ein Lohn versprochen ist, ebend. Anm. f.

qu. 12., Emminghaus ad Cocceji l. c not. e., Lauterbach Coll. th. pr. ad h. t. §. 19., Hofacker Princ. jur. T. III. §. 2055., sowie auch durch die Analogie des Kaufvertrags, bei welchem ja auch das Eigenthum nicht absolut durch die Tradition übergeht, sondern nur insofern entweder Zahlung geleistet oder Credit gegeben ist; Schilling Lehrb. Bd. III. §. 327. cf. §. 162. Zusatz 2. [Mit Recht bemerkt Merkel in Weiske's Rechtslex. Bd. XI. S. 539.: „Nach heutigem Recht fällt das Neurecht hinweg; bei uns also muß die gehörige Zeit abgewartet werden, ehe man von einer Verbindlichkeit des Tröblers sowohl zur Rückgabe der Sache, als zur Auszahlung ihrer aestimatio sprechen kann. Maßgebend hiefür ist zunächst die Vorschrift des Contractes. Nach dieser Vorschrift muß sich der Trödler namentlich auch wegen des dem Käufer zu gebenden Credits richten. Enthält der Contract aber keine Bestimmung über die Zeit, so hat der Eigenthümer das Recht, dem Trödler die Alternative zu stellen, entweder die Sache sofort zurückzugeben, oder wenn er dieselbe lieber selbst behalten will, ihre aestimatio sofort zu zahlen. Man müßte denn den beim Commissionshandel practisch scheinenden Grundsatz eine billige Frist gerichtswegen feststellen zu lassen, auch auf den Trödelvertrag übertragen wollen."]

Zu 2) Diese Frage ist durch verschiedenartige Aussprüche der auf den Trödelvertrag bezüglichen oder bezüglich scheinenden Gesetze schwierig geworden: Die l. 1. §. 1. D. 19. 3. sagt: aestimatio autem periculum facit ejus, qui suscepit (sc. aestimationem, cf. l. 17. §. 1. D. 19. 5.) und l. 5. §. 3. D. 13. 6. etsi forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit. Hienach schiene die Gefahr immer auf den überzugehen, der die Vertrödelung übernommen hat, was allerdings anstößig ist. Dagegen macht aber l. 17. §. 1. D. 19. 5. conform mit Paul. receptae sent. II. 4. §. 4., folgende Unterschiede: „Wenn ich als Verkäufer dich darum „ersucht habe, so trifft mich der Schade; wenn du aber mich, dich; „wenn keiner von uns Beiden den Andern, sondern wir blos beiderseits „eingewilligt haben, so mußt du blos Arglist und Verschuldung vertreten." Unter den verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten über diese Divergenz, s. Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 304., Glück Thl. XVIII. S. 67., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 117. Anm. 3. und die bekannten Lehrbücher, dürfte wohl die Erklärung von Brinz krit. Blätter Hft. I. und Chambon Beitr. zum Obl. R. Bd. I. S. 82. vorzügliche Beachtung verdienen. Bei den meisten Contracten, bei welchen eine aestimatio auch vorkommt, geht allerdings das periculum

auf den Empfänger der Sache über; was aber in den zuerst angeführten Gesetzstellen mit Recht vom genus gesagt ist, kann nicht auf den Trödelvertrag schlechthin Anwendung finden, weil dieser seine Eigenthümlichkeiten hat,*) daher nur den über diesen gegebenen speciellen Bestimmungen in l. 17. §. 1. D. 19. 5. zu folgen ist, wie auch gewöhnlich in Praxi zu geschehen scheint. Umsoweniger darf man, wie von Mehreren geschehen, andere Gesetzstellen hieher ziehen, welche von anderen Contracten handeln, bei welchen auch eine aestimatio vorkommt, z. B. l. 5. §. 3. D. 13. 6. vom Commodat, und l. 11. D. 12. 1., welche zwar Brinz a. a. O. auch vom Trödelvertrag versteht, aber nach Chambon a. a. O. gewiß nicht auf denselben bezogen werden kann, indem dort nur entweder ein Darlehns- oder ein simples Commissionsgeschäft zum Grunde liegt; vgl. auch Geiger u. Glück merkw. Rechtsfälle Bd. I. no. 13. §. 5., l. 1. pr. D. 19. 3., Puchta Pand. §. 313., v. Keller Pand. §. 354. a. E.

Zu 3) Es scheint hier allerdings eine Societät eingegangen zu seyn, alter confert pretium, alter operam, et quidem ea intentione, ut lucrum et damnum inde communicetur l. 52. §. 2. D. 17. 2., indessen muß immer auf die Absicht der Contrahenten zurückgesehen werden; l. 44. D. 17. 2. — l. 13. pr. D. 19. 5., Cocceji J. C. Lib. XIX. tit. 3. qu. 6.

Zu 4) Bei der Aehnlichkeit, welche der Trödelcontract mit dem Mandat, Commissionsgeschäft und der Dienstmiethe hat, muß man, ohne eben eine Präsumtion für den Trödelcontract, wie Böhmer de translatione dominii in contr. aestimat. §. 16. thut, noch gegen denselben aufstellen zu wollen, darauf sehen, ob das Geschäft nicht seine eigene Natur hat, wie z. B. der Commissionshandel, und ob die Person, mit der das Geschäft geschlossen wird, vom Vertrödeln Profession macht. Z. B. wenn ich einem Freunde, der eben zur Messe reist,

*) Die aestimatio kann nämlich blos zu dem Zweck geschehen, um zu bestimmen, wieviel ein Anderer für die Sache geben soll. Hier ist blos ein Verkaufs-Mandat mit Limitirung des Preises gegeben, und da trägt der Mandant die Gefahr, indem er den Andern gebeten hat, seine Sache zu verkaufen. Die aestimatio kann aber auch den Zweck haben, zu bestimmen, wieviel du mir zu geben hast, wenn du keinen Käufer aufbringst, und da hat die aestimatio völlig die Wirkung des Kaufpreises. Dies ist zunächst der Fall, wenn du mich gebeten hast, dir den Verkauf meiner Sache zu gestatten, und da fällt dir das periculum casus zur Last. Hat Keiner den Andern angegangen, so steht der Empfänger nur für dolus und culpa ein, indem dieses Verhältniß der Analogie der Societät am nächsten steht.

eine Sache mitgebe, um sie mir, wenn sich ein Liebhaber dazu finden sollte, für einen zu dem Ende veranschlagten Preis zu verkaufen, so ist dies kein Trödelcontract, sondern ein Mandat; Glück Thl. XVIII. §. 1066. Der Unterschied zwischen dem Trödelvertrag und dem Commissionsgeschäft besteht im Wesentlichen darin, daß a) der Trödler den beim Verkauf der Waare sich ergebenden Mehrerlös herauszugeben nicht nöthig hat, wogegen der Commissionär das über das Limito des Comittenten Erhaltene diesem abliefern muß, b) daß der Trödler einen Lohn nur dann fordern kann, wenn er sich solchen besonders ausbedungen hat, wogegen der Commissionär auch beim Mangel einer solchen Abrede, wenngleich nicht nach den Grundsätzen vom Mandat, doch nach Handelsrecht h. z. T. die übliche Provision in Anspruch nehmen kann; Strippelmann Samml. bemerkensw. Entscheid. d. O.-A.-G. zu Cassel Th. I. no. 15.

Kapitel XII.

Pacht- und Miethvertrag.*)

Gajus III. §. 142. Inst. III. 25. de locatione et conductione. Dig. XIX. 2. locati conducti. Cod. IV. 65. de locato et conducto.

§. 298.

1. Locatio rerum.

a) Im Allgemeinen.

1) Insofern der Pacht- und Miethvertrag ohne irgend ein formelles Erforderniß zum Abschluß kommt, sobald beide Theile **)

---

*) Hofmann vom Bestandsvertrage und den entgeltlichen Verträgen über Dienstleistungen ꝛc. Wien 1819., Hermann der Miethvertrag hauptsächlich in Beziehungen auf Wohnungen. Dresden 1840., Westphal Lehre vom Kauf, Pacht ꝛc. Thl. II. S. 661.

**) Die im R. R. begründeten persönlichen Ausnahmen von dem Recht, zu pachten und zu miethen, sind zur Antiquität geworden, Höpfner Institt. §. 885., Glück Thl. XVII. §. 1046., jedenfalls aber dem öffentlichen Recht angehörig. Andere Beschränkungen nach l. un. C. 11. 18., vgl. Glück a. a. O.

sowohl über das Object,*) d. i. über den Gebrauch der Sache, oder Leistung der Dienste, als über den Preis oder Lohn einig sind, und folgeweise eine Erneuerung des Pachts oder der Miethe auch sogar stillschweigend geschehen kann**), l. 13. §. 11. l. 14. D. 19. 2. — l. 7. l. 16. C. 4. 65., fragt es sich, auf wie lange die stillschweigende Relocation gelte?

2) Kann man auch eine fremde Sache verpachten oder vermiethen?

3) Kann ein Pachtvertrag auch cedirt werden?

4) Ist ein einseitiges schriftliches Versprechen des Verpächters: „du wirst den Pacht meiner Ländereien Zeitlebens behalten," für denselben bindend?

S. 304. wegen geräuschvoller und feuergefährlicher oder die Luft verderbender Gewerbe fallen h. z. T. in das Gebiet der Polizei. Eine Beschränkung der Vormünder in der Freiheit, die Mündelgüter zu verpachten, wird von Mehreren dahin behauptet, daß sie nicht über die Dauer der Vormundschaft hinaus giltig verpachten können. Ein Gesetz ist darüber nicht vorhanden, weshalb diese Meinung verwirft Gesterding im civilist. Archiv Bd. IV. S. 1. Die Entscheidung kann aber wohl nur durch das wohlerwogene Interesse des Curanden bestimmt werden.

*) Wozu jede in commercio befindliche — nur keine verzehrbare — Sache geeigenschaftet ist, selbst der Nießbrauch, §. 1. J. 2. 5. — l. 12. §. 2. l. 38. D. 7. 1., und die Habitation, §. 5. J. 2. 5. — l. 13. pr. C. 3. 33. Auch die servitus usus ist nicht ganz ausgeschlossen; derjenige, dem der usus aedium zusteht, darf nur nicht das ganze Haus vermiethen, ohne selbst die Wohnung darin zu behalten, l. 2. §. 1. l. 8. pr. D. 7. 8., und wenn der usus sich einzig auf die Bedürfnisse oder den eigenen Gebrauch des Berechtigten beschränkt, fällt die Verpachtung weg. Dingliche Servituten können nicht ohne das Grundstück, worauf sie activ haften, verpachtet werden; l. 44. D. 19. 2., Glück Thl. XVII. §. 1047.

**) Ueber die Meinung, daß der Pacht- oder Miethvertrag auch ursprünglich stillschweigend geschlossen werden könne, s. Bd. I. §. 36. zu Fr. 2. sub ii. Stillschweigend ist z. B. contrahirt, wenn ich ein Transportschiff oder einen Omnibus besteige, welche ihren regelmäßigen Bestimmungsort haben, Höpfner Institt. §. 891. — Es kann übrigens auch bei der loc. cond. ausgemacht seyn, daß sie schriftlich errichtet werden soll, und dann kann man wohl nach l. 17. C. 4. 21. und nach der in l. 1. 2. pr. D. 19. 2. — pr. J. 3. 24. gerechtfertigten Analogie des Kaufs auch den Pacht- oder Miethvertrag erst nach vollendeter Scriptur als perfect erkennen; Schilling Lehrb. Bd. III. §. 303. Ueber die Frage, ob der Miethvertrag gelte, wenn der Preis in arbitrium gestellt worden ist, s. oben allg. Thl. Kap. I. §. 208. zu Fr. 1.

5) Sind die jährlichen Pachtgefälle auch der Extinctiv-Verjährung unterworfen?
6) Liegt in der beim Gutspacht häufigen Ueberlassung des s. g. Inventars an Viehstand, Geräthschaften ꝛc. (contractus socidae) gegen ein taxatum eine Uebertragung des Eigenthums an den Pächter (loc. cond. irregularis), oder kommt z. B. im Concurs des Pächters dem Verpächter ein Separationsrecht zu?
7) Kann auch der Pacht- oder Miethcontract wegen Verletzung über die Hälfte rescindirt werden?
8) Hat bei einer neuen Verpachtung der vorige Pachter einen Vorzug anzusprechen?
9) Da merces certa zum Rechtsbestand der loc. cond. wesentlich ist, so fragt sich, was die Folge ist, wenn die Contrahenten über den Preis irren?

Zu 1) Da das hierüber sprechende Gesetz l. 13. §. 11. D. 19. 2. durch so vielfache Auslegungen höchst ungewiß geworden ist,*) und doch selbst nur auf Gewohnheit hinweist, — hoc jure utimur — so wird man bei der Entscheidung vorzüglich deutsche Gewohnheiten im Auge behalten müssen. Hiernach bilden sich folgende Sätze:

I. Bei Vermiethung der praedia urbana auf unbestimmte Zeit hat man wohl überall gewisse Zielzeiten, z. B. Johannis, Michaelis ꝛc. Wird nun an einem Ziel nicht aufgekündet, so wird angenommen, daß von einem Ziel zum andern relocirt sey. Dies gilt auch, wenn auf bestimmte Zeit, z. B. auf 5 Jahre gemiethet ist, denn nach deren Ablauf fängt eben das Verhältniß der unbestimmten Zeit an. Die entgegengesetzte Meinung, daß nämlich der Contract dann auf 5 neue Jahre gelte, hat zwar sehr viele Autoritäten für sich, gibt aber für den muthmaßlichen Willen (denn ein solcher ist der stillschweigende doch nur) ein gewiß nicht passendes Resultat.**) Das Gesetz sagt nichts Anderes als: bei Pachtung eines praedii rustici bildet ein Wirthschaftsjahr die natürlich bestimmte und nothwendige Grenze,***)

---

*) Eine sehr schätzbare Kritik der verschiedenen Meinungen s. v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 644.

**) Die Literatur über diese Streitfragen s. Glück Thl. XVII. §. 1045., v. Vangerow a. a. O.

***) Auch für die tacita relocatio operarum des Landgesindes pflegt man ein Wirthschaftsjahr anzunehmen; Glück a. a. O. S. 295.

mithin auch für die relocatio tacita; bei einem praedio urbano aber ist das nicht so, der Miether bewohnt es nach unbestimmter Convenienz, ut, prout quisque habitaverit, ita et obligetur, wofern er nämlich seine Willkür nicht durch eine Zeitbestimmung, welche dann wohl immer durch einen schriftlichen Contract geschieht, speciell begrenzt hat. Daher, gleichwie bei praediis rusticis die Natur der Sache es ist, welche für die relocatio tacita ebenso wie für die ursprüngliche Verpachtung in temporärer Beziehung entscheidet, so ist es bei praediis urbanis die Gewohnheit, vermöge deren sich die bestimmten Zielzeiten gebildet haben,*) und so dauert denn die stillschweigende Erneuerung von einer Umzugszeit zur andern, daher die Worte: Prout quisque habitaverit, ita et obligetur die Beobachtung der entweder verabredeten oder an dem Orte des Contracts üblichen Kündigungstermine nicht ausschließen, Schilling Lehrb. Bd. III. S. 478. Anm. i. Damit ist auch Sintenis Civilr. Bd. II. §. 118. Anm. 115. einverstanden, „daß, wenn Localgewohnheit bestimmte Umzugszeiten festgesetzt hat, die Prolongation mit Rücksicht darauf als geschehen anzunehmen ist." Das Gesetz will ja ausdrücklich bei Landgütern nicht auf die Zeit der ersten Verpachtung gesehen wissen; warum will man diesen demselben fremdgebliebenen Gedanken bei den Hausmiethen unterschieben, und den Grundgedanken des Gesetzes, die stillschweigende Relocation sey auf die kürzeste Zeit zu verstehen, binnen welcher nach der Natur der Sache der wesentliche Nutzen gezogen werden kann, umstoßen? Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 324. Anm. f., Höpfner Instit. §. 891. Anm. 3., Mackeldey Lehrb. §. 379., Cocceji J. C. Lib. XIX. tit. 2. qu. 3., Walch Controv. jur. civ. pag. 638.

---

*) Es ist gewiß weit natürlicher anzunehmen, daß bei der stillschweigenden Relocation beide Theile sich stillschweigend dieser Gewohnheit unterworfen haben, als daß nach stillschweigender Verlängerung einer auf bestimmte Jahre geschlossenen Miethe der Miether an jedem Tag aufkündigen könne, und nur pro rata temporis das Miethgeld zu bezahlen brauche. Wenn v. Vangerow Pand. a. a. O. dies als gemeinrechtlich behauptet, und für communis opinio erklärt, so muß er doch dem Gewohnheitsrecht die überwiegende Kraft zugestehen. Unserer Meinung sind: Herrestorff im civil. Archiv Bd. III. no. 3., Bucher R. d. Ford. §. 69. Valett Pand. §. 538. Wenn Andere den Grundsatz aufstellen: die Bestimmung der merces nach einem gewissen Zeitverhältnisse enthalte zugleich eine Bestimmung über die kürzeste Dauer der Miethe, s. Glück Thl. XVII. S. 292., Schilling Lehrb. Bd. III. S. 477. Anm. a., so scheint derselbe wenigstens nicht durchgreifend.

§. 9., Paulsen D. de relocat. tacitae effectu in praediis urbanis. Goett. 1775., Seuffert Beitr. zur Gesetzgebung S. 115. no. 40., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 345., Glück Thl. XVII. S. 288—293. Hiermit stimmt überein das Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. §. 1115. [v. Keller Pand. §. 338. ist der Ansicht, daß hier nach Röm. R. Jedem von Tag zu Tag das Abbrechen des Verhältnisses frei stehe und der Miethzins pro rata zu bezahlen sey, und fügt hinzu: „Dieses Verhältniß ist nun freilich der modernen Schwerfälligkeit in der Ein- und Ausmiethung und der muthmaßlichen Willensmeinung bei stillschweigenden Relocationen nicht sehr angemessen, und so haben manche Partikularrechte sich auch für die gemeine Miethe zu Regeln geneigt, welche mehr Aehnlichkeit mit der obigen Regel des Pachtes haben. Das ist jedoch nur in Anwendung auf Immobilien der Fall. Dennoch muß gemeinrechtlich für alle Fälle gemeiner Miethe die Röm. Regel als geltend angesehen werden."]

II. Bei Verpachtung der praedia rustica wird in l. 13. cit. ein Jahr für die stillschweigende Relocation angenommen, wenn auch die ursprüngliche Verpachtung auf 5 und mehr Jahre geschlossen war, und daß h. z. T. wegen der Dreifelderwirthschaft nicht im Allgemeinen etwas Anderes angenommen werden könne, darüber ist man ziemlich allgemein einig; s. die Citate bei Glück a. a. O. S. 284., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 644 Nicht zu mißkennen ist aber die Modification, daß bei einzelnen Grundstücken, welche auf 3 Jahre verpachtet sind, um im ersten Jahr zur Winterfrucht, im zweiten zur Sommerfrucht und im dritten als Brachflur benutzt zu werden, die stillschweigende Pachterneuerung ebenfalls wieder 3 Jahre umfasse; Unterholzner a. a. O., Seuffert a. a. O., Schrader Abhandl. aus dem Civilr. Bd. I. Abh. 2.

Zu 2) Man kann nicht nur seinen Antheil an einer gemeinschaftlichen Sache sowohl dem Miteigenthümer selbst, als einem Fremden verpachten, l. 35. §. 1. D. 19. 2., sondern auch eine Sache, woran man nur den Fruchtgenuß, l. 12. §. 2. D. 7. 1., oder ein antichretisches Pfandrecht besitzt, l. 23. D. 20. 1., oder die man selbst nur gepachtet oder gemiethet hat, auch ohne Einwilligung des Eigenthümers ganz oder zum Theil wieder vermiethen oder verpachten. Die sublocatio findet nämlich auch ohne Einwilligung des Verpachters insoweit statt, als nicht die Gebrauchsart des Aftermiethsmanns eine andere und der Sache nachtheiligere ist; Glück Thl. XVII. S. 311.,

Voet Comm. ad Pand. Lib. XIX. tit. 2. §. 5., cf. l. 6. C. 4. 65. — l. 7. l. 8. l. 24. §. 1. l. 30. pr. l. 53. l. 58. pr. l. 60. pr. §. 9. D. 19. 2., s. vorzüglich v. Buchholtz jurist. Abhandl. Misc. 17. über die Frage: inwiefern auch fremde nicht eigene Sachen vermiethet werden können.*)

Zu 3) Diese Frage ist bereits oben im allg. Theil Kap. III. §. 222. zu Fr. 4. von den Gegenständen der Cession erörtert worden; vgl. Bolley vermischte jurid. Aufsätze Bd. I. S. 248., Mühlenbruch v. d. Cession d. Ford. S. 313. u. 319. Anm. 163.

Zu 4) Wenn der ursprüngliche Pacht auf bestimmte Jahre geschlossen war, so kann ein solches einseitiges schriftliches Versprechen des Verpachters, wenn es der Pachter unbeantwortet gelassen hat, jenen nicht an einer Willensänderung verhindern, denn nur ein acceptirtes Versprechen ist für beide Theile verbindend; Albrecht Entscheid. merkw. Rechtsfälle Bd. II. S. 270.

Zu 5) Die erlöschende Verjährung kann hier nur insoweit Platz greifen, als der Verpachter Pachtschillinge einzelner Perioden dann noch nachfordern wollte, nachdem seit ihrem Anfall bereits 30—40 Jahre verflossen sind. Wenn aber ein Pachter auf eine 30—40jährige Nichtentrichtung des Pachtzinses eine Befreiung von demselben für alle Zukunft gründen wollte, so müßten wir ihm unrecht geben, denn nach früher entwickelten Grundsätzen, s. oben Kap. IX. §. 285. zu Fr. 15., kann bei obligationsmäßigen Leistungen — zum Unterschied von Reallasten — nur das Recht auf jede einzelne Leistung, nicht aber das Hauptrecht durch Verjährung erlöschen, und außerdem ist zur Extinctivverjährung zwar nicht immer, wohl aber dann bona fides noth=

*) Verpachte ich meine eigene Sache in der irrigen Meinung, die eines Andern zu verpachten, so ist der Vertrag nichtig; l. 20. l. 23. C. 4. 65. — Verpachte ich wirklich die Sache eines Andern, so muß ich natürlich das Pachtgeld erlassen, oder das empfangene restituiren; aber auch zum Ersatz alles Interesse bin ich dem Andern, wenn ich ihm nicht eine andere gleich gute Sache zum Gebrauch verschaffen kann, nach l. 9. pr. D. 19. 2. verbunden. Die letztere Verbindlichkeit soll nach Einiger Meinung nur dem obliegen, welcher mala fide fremdes Gut verpachtet hat; allein die l. 35. D. 19. 2., aus welcher der Unterschied zwischen bona und mala fides gefolgert wird, Glück Thl. XVII. S. 368., sagt nur, daß der Verpachter, wenn er ganz schuldlos außer Stand gesetzt ist, dem Pachter den beabsichtigten Nutzen zu gewähren, nur den Pachtzins fahren zu lassen schuldig ist. Für ganz schuldlos kann man aber den doch nicht halten, welcher sich fremdes Gut anmaßt. Auch ist l. 9. pr. l. 15. §. 8. D. 19. 2. gegen diesen Unterschied; Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 333. Anm. f., Schilling Lehrb. Bd. III. S. 466. Anm. v.

wendig, wenn man durch diese Verjährung die verweigerte Restitution einer res aliena rechtfertigen will; s. Bd. I. §. 19. zu Fr. 5. Nur eine unvordenkliche Zeit der Nichtentrichtung eines Pachtgeldes könnte den Beklagten gegen den Anspruch auf solches schützen, indem dann vermuthet werden müßte, daß das etwa aus einem alten urbarium nachgewiesene Pachtverhältniß im Laufe der Zeit eine Aenderung erfahren habe.

Zu 6) Die Entscheidung dieser Frage, welche in den Gesetzen vergebens gesucht werden dürfte, muß wohl aus der Natur des Geschäfts und der muthmaßlichen Absicht der Contrahenten geschöpft werden. Mehrere Rechtsgelehrte halten dafür, daß wenigstens im Zweifel durch dieses Geschäft das Eigenthum der Inventarienstücke auf den Pachter übertragen werde, und diese Meinung scheint um deswillen richtig zu seyn, weil ja der Pachter alle Gefahr übernimmt, sich auch allen zufälligen Zuwachs zueignet, nach abgelaufener Pachtzeit nicht idem, sondern nur tantundem zu restituiren hat, öfters auch verzehrbare Sachen unter den Inventarienstücken befindlich sind; v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. S. 210. (§. 163.), Sintenis Civilr. Bd. II. §. 118. Anm. 15., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 466., G. L. Böhmer auserles. Rechtsfälle Bd. I. no. 19., Thibaut System §. 515. (Ed. 8.), Cocceji Jus controv. Lib. XIX. tit. 3. qu. 8. Man betrachtet daher gewöhnlich das Geschäft als aus Pacht- und Kauf-Contract zusammengesetzt; Selchow Elementa jur. Germ. priv. §. 596. (Ed. 7.), Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 1992., Danz Handb. d. deutsch. Privatr. Bd. II. §. 201., Bolley Betrachtungen über verschied. Rechtsmaterien S. 203., Gründler Polemik d. german. R. Thl. II. §. 318., Schilling Lehrb. Bd. III. S. 451. Zusatz 4., welcher übrigens die Bezeichnung contr. socidae für unrömisch und unpassend erklärt. Allein, abgesehen von verzehrbaren Sachen, möchte man wohl geneigter seyn, denjenigen Rechtslehrern beizustimmen, welche von der Regel des Verpachtungsgeschäfts, welches bekanntlich kein Eigenthum überträgt, da nicht abweichen, wo durchaus keine Nothwendigkeit dazu vorhanden ist, und nicht einer Vermuthung, daß der Eigenthümer mehr von seinem Recht aufgeben wollte, als nöthig, Raum geben; Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XIX. tit. 3. §. 23. in negotiis, in quibus regulariter dominium rei per traditionem non transfertur, in dubio aestimatio non venditionis, sed taxationis tantum gratia facta judicatur. Es ist nämlich zwar unbezweifelt, daß der Pachter die Gefahr der ihm mit der Hauptsache zum Genuß übergebenen Inventarienstücke übernimmt, l. 54. §. 2. D. 19. 2., aber daraus

folgt noch nicht, daß das Eigenthum auf ihn übertragen werde, selbst die käufliche Ueberlassung, welche l. 3. D. 19. 2. dabei annimmt, würde noch nicht absolut verhindern, daß der Verpachter das Eigenthum behalte, wie ja auch der Ehemann bei der aestimatio rerum in dotem datarum; Glück Thl. XXV. S. 30 ff. Nur dann, wenn der Pachter blos zur Leistung der Aestimation verpflichtet würde, oder ihm per modum obligationis alternativae die Wahl zwischen Zurückgabe oder Werthsentrichtung gelassen wäre, müßte man annehmen, daß die Sachen selbst in sein Eigenthum übergegangen seyen, nicht aber, wenn er in natura zu restituiren, und nur den Abgang wegen übernommener Gefahr anderweit zu ersetzen verpflichtet wird, daher auf den deutschrechtlichen Vertrag, wie Sell im civilist. Archiv Bd. XIX. S. 316. Anm. 25. bemerkt, die citirten l. 3. u. 54. §. 2. cit. nicht entscheidend in Anwendung kommen können.

In solchem Fall kann auch das Separationsrecht an den noch vorhandenen Inventarienstücken dem Verpachter wohl nicht abgesprochen werden, ob es gleich wegen der bemerkten Verschiedenheit der Meinungen jedem Verpachter zu rathen ist, daß er zu seiner Sicherheit sich das Eigenthum ausdrücklich vorbehalte; Glück Thl. XVII. S. 489 ff., Stryck Us. mod. Pand. Lib. XIX. tit. 2. §. 9., Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 293., Gmelin Ordn. der Gläubiger §. 7. S. 38., Höpfner Instit. §. 889. S. 944. in nota, Hommel Rhaps. Vol. III. obs. 432. Insofern die Natur der Sache der gemeinsame Geist jeder Gesetzgebung ist, verdient auch die Uebereinstimmung der neueren Legislationen mit unserer Ansicht beachtet zu werden; Code civil Art. 1805. u. 1822., Preuß. allgem. Landr. Th. I. Tit. 21. §. 476.

Zu 7) Allerdings, indem er ganz nach den Regeln des Kaufs behandelt wird, l. 22. §. 3. D. 19. 2.

Zu 8) Dafür spricht kein Gesetz, wohl aber ist die Natur des Vertrags vielmehr dagegen; Wildvogel D. de jure praeferentiae in locatione. Jenae 1703. Cap. III. §. 1., Cocceji J. C. Lib. XIX. tit. 2. qu. 14. Indessen ist es nicht unzulässig, dem Pachter einen solchen Vorzug durch Vertrag einzuräumen; l. 32. C. 4. 65. Blos beim Pacht von Staatsländereien und Zöllen — was Manche auch auf Verpachtung von Kirchengütern und städtischen Grundbesitzungen ausdehnen (s. die Allegate in Gebr. Overbeck Meditt. Bd. X. Med. 515.) — hatten die römischen Gesetze dem vorigen Pachter den Vorzug vor einem neuen gewährt, dagegen aber auch ihn zur Erneuerung des Pachts verbindlich gemacht, wenn kein neuer Pachter für dieselben

Bedingungen zu finden war; l. 4. C. de locat. praed. civil. (11. 70.) Diese Bestimmung scheint zwar, als der römischen Verfassung angehörig, h. z. T. nicht mehr in Betracht zu kommen, v. Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. I. S. 22., Becker Samml. merkw. Rechtsfälle Bd. IV. S. 442., Schilter Ex. 31. §. 13.; indessen behauptet Glück Thl. XVIII. S. 58. wenigstens bei Verpachtung von Kammergütern die Praxis für das Vorzugsrecht des vorigen Pachters, unter Anführung mehrerer Autoritäten.

Zu 9) Wenn derjenige, welcher den Preis (merces) leisten soll, einen geringeren meint, als der Andere, so ist der Vertrag ungiltig; glaubt er sich aber zu einem höheren Preis verpflichtet, als der Andere beabsichtet, so gilt der Vertrag bis zum Belauf des vom Letzteren gemeinten geringeren Aequivalents; l. 52. D. 19. 2., Thibaut Versuche Bd. II. S. 101.

---

§. 299.

b) Wirkungen.

1) Da in diesem Contracte beide Theile omnem culpam, diligentiam et custodiam zu prästiren haben, l. 1. l. 28. C. 4. 65. — l. 9. §. 5. l. 13. §. 6. l. 25. §. 7. l. 40. l. 60. §. 7. D. 19. 2. — §. 5. J. 3. 25. — l. 5. §. 15. D. 13. 6., so fragt sich, inwiefern wegen Beschädigungen, welche der Sache durch Dritte zugefügt wurden, oder wegen Entziehung und Schmälerung der Nutzung durch Dritte eine Verantwortlichkeit aus dem Pacht- oder Mieth-Contract für den Contrahenten entsteht?
2) Ist der Miether eines Hauses für eine darin entstandene Feuersbrunst verantwortlich, und hat der Vermiether den Beweis zu führen, daß das Feuer durch die Schuld des Miethsmanns entstanden sey?
3) Haben auch die Erben gleichen Grad der Schuld, wie ihr Erblasser, zu prästiren?
4) Ist auch ein Usufructuar, desgleichen ein b. f. possessor, welcher ein Besitzthum verpachtet oder vermiethet hat, dem Pachter, wenn er vom Eigenthümer in der Folge vertrieben

wird, zur Entschädigung verpflichtet, oder wird er diesfalls nur des Miethgelds insoweit verlustig?

5) Begreift der Pacht eines Landguts auch von selbst die zur Erzeugung, Erhaltung und Bereitung der Früchte nothwendigen Werkzeuge in sich?

6) Was für Schäden begründen für den Pachter den Anspruch auf Remiß am Pachtgeld, und wie ist die Entschädigung zu berechnen?

7) Wenn im Pachtvertrag auf Remiß bis auf einen gewissen Betrag des Schadens an den Früchten vom Pachter verzichtet worden ist,*) müssen dahin auch Schäden, welche den Grund und Boden getroffen haben, z. B. Erdfälle, oder wenn durch Regengüsse und Ueberschwemmungen das Erdreich weggeführt wurde, gerechnet werden?

8) Wenn ein Landgut nach einem vorgelegten Pachtanschlag, in welchem die Grundstücke zu einer bestimmten Morgenzahl angegeben sind, verpachtet wurde, die Morgenzahl aber hinterher größer oder kleiner befunden wird, so fragt sich, ob im ersten Fall der Verpachter einen um soviel größeren Pachtschilling, im zweiten Fall aber der Pachter eine Verminderung des Pachtgelds ansprechen kann?

9) Hat der Verpachter oder der Pachter die Gutslasten zu tragen? insbesondere Einquartirungen und feindliche Requisitionen?

10) Inwieweit haftet der Verpachter oder Vermiether für Mängel der vermietheten Sache?

11) Welche Ausnahmen leidet der Grundsatz: daß ein Singular-Nachfolger des Verpachters nicht an dessen Contract gebunden ist? und welche Rechte und Verbindlichkeiten haben insbesondere die Concursgläubiger eines Pachters oder Verpachters?

12) Was für Ursachen berechtigen den Vermiether oder Verpachter, den Contract vor der Zeit aufzuheben? desgleichen den Miether oder Pachter?

---

*) Zuweilen wird im Pachtvertrag ausgemacht, daß alle auch ungewöhnliche Unfälle auf Gefahr des Pachters gehen. Ueber die daraus entsprungene Streitfrage: ob dies nur auf casus insolitos oder auch insolitissimos, verosimiliter non cogitatos bezogen werden dürfe? s. oben allg. Theil Kap. IV. §. 234. zu Fr. 1.

13) Was für Verwendungen ist der locator dem conductor bei seinem Abzug zu vergüten schuldig?

14) Kann der conductor den auf Räumung der Miethe oder des Pachts klagenden locator unter keinen Umständen mit der Einrede des ihm selbst zustehenden Eigenthums zurückweisen?

14a) Erlischt der Pacht- oder Miethvertrag durch den Tod eines oder des andern Theils?

15) Kann der Verpachter dem Pachter das von diesem beim Antritt des Pachts erlegte Cautionscapital auch wegen illiquider Ansprüche aus dem Pachtvertrag zurückhalten?

16) Erstreckt sich das hier nach seinem Inhalt und Umfang in nähere Betrachtung zu ziehende stillschweigende Pfandrecht des Hausvermiethers in invectis et illatis *) des Miethsmanns auch auf die eingebrachten Sachen des Aftermiethsmanns? **)

17) Steht diese stillschweigende Hypothek nur dem Eigenthümer einer verpachteten oder vermietheten Sache zu, oder auch einem Usufructuar und einem Afterverpachter?

---

*) Hierunter werden in der Regel alle in der Absicht, ut ibi sint, eingebrachten Sachen verstanden. Ohne hinlänglichen Grund bestreitet Meyrer de pignor. et hypoth. tit. 18. no. 26., daß auch die eingebrachten Waarenlager — versteht sich als ideales Ganzes — in der stillschweigenden Verpfändung mitbegriffen seyen. Daß Schuldbriefe nicht darunter verstanden werden dürfen, s. Braun Erörter. zu Thibaut §. 642. S. 574. Ob auch das Hausgeräthe des Miethsmanns darunter begriffen werden könne, hat man zwar deswegen bezweifelt, weil l. 6. D. 20. 1. sagt: Obligatione generali rerum ea non continebuntur, quae verisimile est quemquam specialiter obligaturum non fuisse, ut puta supellex; item vestis relinquenda est debitori. Allein was hier von dem präsumtiven Umfang einer Generalhypothek gesagt ist, paßt nicht hierher. Bei einer allgemeinen Vermögensverpfändung hat der Gläubiger auf alle übrigen Güter des Schuldners noch seine Sicherheit, hier aber hat er das Pfandrecht nur in einer bestimmten Beschränkung, innerhalb dieser Grenze aber auch ohne Ausnahme, denn hier hat das Gesetz durchaus keine Ausnahme gemacht, und füglich machen können, wenn z. B. die eingebrachten Sachen blos in Kleidung und Hausrath bestünden, Beides aber nicht angegriffen werden dürfte, so wäre es gerade so viel, als wenn der Miethherr gar keine Hypothek hätte; Cocceji Jus controv. Lib. XX. tit. 2. qu. 15., Glück Thl. XVIII. S. 415., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. Med. 253.

**) Das nämlich dem Miethsmann das Sublocationsrecht, ohne erst der Erlaubniß des Miethsherrn zu bedürfen, de jure regelmäßig zustehe, ist als unbestritten schon im §. 298. zu Fr. 2. bemerkt worden.

18) Wie unterscheidet sich der deutsche Erbpacht von dem gewöhnlichen Pacht, und von dem Erbzinslehenvertrag?

19) Ist ein Erbpacht ohne schriftliche Errichtung giltig, und ist im Mangel derselben ein Erbpacht oder Zeitpacht zu vermuthen?

Zu 1) Daraus, daß der Verpachter oder Vermiether dem Pachter oder Miether die volle*) ungestörte**) Benutzung der Sache, dieser jenem dagegen nächst einem Geld-Aequivalent***) die unversehrte Erhaltung der Sache zu gewähren, der Vermiether aber auch die durch

*) Daraus folgt auch die Verbindlichkeit des Vermiethers, die Sache in brauchbarem Stand zu erhalten; l. 15. pr. §. 1. D. 19. 2.

**) Unbedeutende Hindernisse und Unbequemlichkeiten berechtigen jedoch den Miether noch nicht zu einem Abzug am Miethgeld, l. 27. pr. D. 19. 2., und ebensowenig wird eine nur etliche Tage betragende Verspätung der Uebergabe in Betracht gezogen, si omnia colono in integro sunt; l. 24. §. 4. D. 19. 2. Die Verbindlichkeit des Miethers wird übrigens nur durch eine nicht in seiner Person liegende Verhinderung des Nutzungsbezugs aufgehoben, mithin durch zufälligen Untergang der Sache, l. 19. §. 6. l. 30. §. 1. D. 19. 2., oder, wenn er durch eine Gewalt vertrieben wurde, welche der Vermiether nicht abzuwehren vermochte, l. 33. D. 19. 2., oder einen gerechten Grund hatte, die Miethe vor der Zeit zu verlassen, l. 25. §. 2. l. 27. pr. l. 33. D. 19. 2. Z. B. wenn der Locator die nöthige Erhaltung der Sache nicht prästirt, untaugliche Fenster und Thüren nicht repariren läßt, l. 25. §. 2. D. 19. 2., oder dem Miether wegen einer Reparatur ein beträchtlicher Theil der Wohnung entzogen wird, l. 27. pr. D. 19. 2.; wenn die Wohnung durch eine Handlung des Nachbars, welche der Eigenthümer nicht hindern konnte oder wollte, dem Miether unbrauchbar gemacht wird, z. B. durch Höherbauen das nöthige Licht verloren geht; wenn Einsturz des Hauses zu befürchten ist, l. 28. l. 33. D. 39. 2., oder eine andere unabwendbare Gefahr, z. B. eine ansteckende Krankheit droht, Glück Thl. XVII. S. 479. Man hält daher auch einen Wiesenpachter wegen der sich nähernden Viehseuche für befugt, den Pacht zu verlassen; Leyser Sp. 220. med. 3. u. 4. Nach l. 13. §. 7. D. 19. 2. pflegt man auch den Anzug eines feindlichen Heeres zu den Gründen zu rechnen, welche den Pachter berechtigen, den Pacht zu verlassen; aber die heutige Anwendbarkeit in Beziehung auf reguläre und disciplinirte Truppen wird wohl mit Recht von Quistorp rechtl. Bemerk. Th. I. no. 24. widersprochen.

***) Dieses muß der Miether entrichten, auch wenn er die Sache nicht vollständig benutzt, wofern nicht der Eigenthümer die vom Conductor verlassene Sache sogleich wieder einem Andern vermiethet, denn dann braucht er nur bis zu der Zeit zu bezahlen, da er die Miethe verließ; l. 55. §. 2. D. 19. 2. — cf. l. 203. D. 50. 17., Glück a. a. O. S. 442.

Zeit und Zufall entstehenden Schäden zu tragen und die Reparaturen zu bestreiten hat, l. 9. §. 2. 4. l. 25. §. 2. D. 19. 2., entstehen die rechtlichen Folgen, daß

I. der Pachter für Beschädigungen der Sache durch Dritte dann verantwortlich wird, wenn er a) ein Unrecht abzuwehren, wo es möglich war, unterlassen hat, und der Beschädigte sich an dem Urheber seines Schadens nicht erholen kann; Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 322. — b) Wenn der Schade durch die eigenen Leute des Pachters oder Miethers entstanden ist, und derselbe in deren Beaufsichtigung, oder in deren Auswahl, oder in der Aufnahme anderer Personen unvorsichtig zu Werke ging; l. 60. §. 7. D. 19. 2. — cf. l. 11. D. 18. 6. — l. 27. §. 11. D. 9. 2., Cocceji J. C. Lib. XIX. tit. 2. qu. 39. — c) Wenn der Miether oder Pachter durch begangene Feindseligkeiten den Andern zur Schadenszufügung gereizt hat, z. B. si propter inimicitias conductoris ejus vicinus arbores exciderit; l. 25. §. 4. D. 19. 2., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. X. Med. 493. — d) Wenn der Miether oder Pachter beim Heranziehen eines Heeres das Gut verlassen hat, ohne dem Vermiether oder Verpachter Anzeige davon zu machen; l. 13. §. 7. D. 19. 2. Einen bloßen casus braucht der Vermiether nicht zu prästiren. Z. B. einer Budenmiethe war das pactum adjectum beigefügt: „Vermiether müsse des Miethers Waaren an jedem Verkaufstage nach dem Verlauf der Marktzeit in seinem, Vermiethers, Hause an einem vor Feuchtigkeit geschützten Orte unterbringen.“ Als nun hier die Waaren durch eindringende Gewitterregen beschädigt worden waren, wurde dem Miether der vom Vermiether geforderte Ersatz versagt, weil einmaliges Vorkommen eines solchen Unfalls mehr dem casus beizuzählen sey; l. 40. D. 19. 2. werde beschränkt durch l. 41. ib., s. Erk. d. O.-A.-G. zu Dresden im Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1844. S. 116.

II. Die Verbindlichkeit des Verpachters gegen den Pachter, für die diesem durch Andere entzogenen Nutzungen einzustehen, ist verschieden zu beurtheilen, denn a) ist dies ohne seine Schuld, oder ohne eine Möglichkeit, von seiner Seite das Uebel abzuwenden, geschehen, so ist er blos genöthigt, seinen Anspruch auf das Pachtgeld aufzugeben, l. 15. §. 9. l. 16—18. l. 30. D. 19. 2., vgl. die Anmerk. zu S. 789.; z. B. wenn das Gut ohne dolus oder culpa des Verpachters evincirt wird,*) l. 9. pr. D. 19. 2., Glück Thl. XVII.

---

*) Hier kann sich indessen der Vermiether von den Ansprüchen des Miethers frei machen, wenn er ihm eine gleich gute Wohnung verschafft, außerdem

S. 368., wenn dasselbe confiscirt wird, l. 33. D. 19. 2., wenn dem Miether durch Höherbauen des Nachbars das nöthige Licht benommen wird, l. 25. §. 2. D. 19. 2., oder wenn durch Gewalt oder räuberische Einfälle dem Pachter der Genuß entzogen wurde, l. 34. D. 19. 2. Wenn aber b) der Vermiether böswillig oder schuldhaft die Verhinderung des dem Miether oder Pachter zu gewährenden Genusses herbeigeführt, oder, während er es konnte, nicht abgewendet hat, dann muß er nicht nur das Miethgeld missen, sondern auch dem Miether alles Interesse vergüten;*) l. 33—35. D. 19. 2. Der locator braucht nur in den Fällen, wo es nicht an ihm gelegen ist, ut conductori frui licere praestet, z. B. wenn er durch ein unabwendbares Naturereigniß, oder bei Gebäuden durch die von der Zeit herbeigeführte Nothwendigkeit eines Bauunternehmens hierzu außer Stand gesetzt ist, nichts weiter, als den Miethzins zu erlassen, dagegen, wenn seine eigene Handlung oder Unterlassung die wirkende Ursache ist, auch noch die Verbindlichkeit das Interesse zu prästiren hinzutritt; z. B. wenn er eine fremde Sache als seine eigene vermiethet, oder bei beschränktem Eigenthum die Grenzen seiner Dispositionsfreiheit überschreitet, oder wenn er an dem Verlust seines Rechts selbst Schuld ist, Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 333. Anm. 9.; oder, wenn er sich durch Veräußerung der Sache außer Stand setzt, den Pacht fortzusetzen, auf welchen sein Pachter nur gegen ihn, aber gegen keinen Dritten ein Recht hat, worauf das Sprichwort: „Kauf bricht Miethe"**) sich bezieht, auf welches ein Käufer sich selbst mehrere Jahre nach seiner Erwerbung berufen kann; s. Erk. d. O.-A.-G. zu Dresden im Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1852. S. 102. Ein ähnlicher Fall ist es, wenn ein Ehemann ein Dotalgrundstück verpachtet hat, welches er bei getrennter Ehe zurückgeben muß. Der Mann haftet dann, wenn der Pachtvertrag in Folge des Eigenthumsrechts gebrochen wird; l. 25. §. 4. D. 24. 3. Um dies zu vermeiden, muß der Mann bei der Zurückgabe der Mitgift fordern, daß der Pacht in

muß er ihm vergüten, was er anderswo mehr für Miethe zahlen muß; l. 9. l. 28. §. 2. D. 19. 2. Ebenso, wenn ein Hinderniß eintritt, daß dem Miethsmann nicht sogleich zur bedungenen Anfangszeit die Wohnung eingeräumt werden kann, und ihm der Miethherr nicht interimistisch eine gleich gute Wohnung anweist; l. 60. D. 19. 2.

*) Z. B. wenn der Miether für 10 Thlr. gemiethet hat, und er Gelegenheit gefunden hat, für 20 Thlr. zu sublociren, so muß ihm der Vermiether noch 10 Thlr. darauf bezahlen; l. 15. §. 8. D. 19. 2.

**) [Ueber dieses Sprichwort vergl. zu Fr. 11.]

Kraft gelassen werde, und haftet daher mit Recht, wenn er dies nicht thut; l. 1. §. ult. D. 33. 4. Ebenso muß der Hausverkäufer seinen Käufer verbindlich machen, die Pachtjahre auszuhalten, wenn er der Entschädigungsverbindlichkeit gegen seinen Pachter ausweichen will.

Zu 2) Obwohl in einem Hause nicht leicht eine Feuersbrunst ohne Schuld der Bewohner entstehen wird, l. 3. §. 1. D. 1. 15., so geht doch in dieser Controverse die Meinung Vieler dahin, daß der Kläger den Beweis zu führen habe; Höpfner Instit. §. 889. Anm. 1. und die dort angeführten Schriften. Unsere Meinung ist oben im allgem. Theil Kap. IV. §. 234. zu Fr. 3. entwickelt. Unvermeidlich würde sich freilich der Kläger die Last des Beweises zuziehen, wenn er in der Klage behaupten würde, daß der Schade durch des Beklagten Schuld entstanden sey. Er müßte vielmehr die Klage auf die contractmäßige Zurückgabe der Sache richten, wodurch der Beklagte, welcher den Untergang durch Zufall vorschützt, in die Nothwendigkeit versetzt würde, seine Einrede zu beweisen; Glück Thl. IV. §. 324 c., Höpfner a. a. O. §. 761. Anm. 5. Damit stimmt überein Leyser Sp. 217. med. 3.: Verius est, conductorem, qui ad vim extrariam provocat, hanc probare debere. Entschieden ist die Haftung des Miethsmannes, wenn das auf dem Dachboden befindliche Holz in Brand geräth, nachdem im Miethvertrag ausdrücklich bedungen war, daß kein Holz auf den Boden gebracht werden soll; s. l. 11. §. 4. l. 12. D. 19. 2.

Zu 3) Allerdings, denn die Milderung, welche die Gesetze den Erben der Vormünder und obrigkeitlichen Personen insoweit angedeihen lassen, daß sie nur culpam latam ihres Erblassers zu vertreten haben, kann nicht auf andere Verhältnisse ausgedehnt werden; cf. l. 35. u. 36. D. 17. 2., Glück a. a. O. S. 359.

Zu 4) Wenn ein Nutznießer ein Gut verpachtet hat, woran er nach Erlöschung des ususfructus dem Pachter nichts mehr leisten kann, so ist er zwar zur Entschädigung des Pachters alsdann nicht verbunden, wenn er die Verpachtung in der Eigenschaft eines Usufructuars vorgenommen hat, l. 9. §. 1. D. 19. 2., wohl aber, wenn er es verpachtet hat, gleich als wäre er Eigenthümer; l. 9. §. 1. cit. l. 15. §. 8. D. 19. 2. Da in diesem Fall der Verpachter nicht von Schuld frei zu sprechen ist, so kann man an seiner vollständigen Entschädigungsverbindlichkeit nicht zweifeln; vgl. oben die Anmerk. in §. 298. zu Fr. 2. und die verwandten Grundsätze, welche beim Kauf gelten.

Zu 5) Eigentliche Accessorien und Zubehörungen muß man allerdings für inbegriffen erachten; dies gilt z. B. nach c. 7. X. de jure

patron. (3. 38.) auch vom Kirchenpatronat, und ebenso von der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit; Glück Thl. XVII. S. 309., Cocceji J. C. Lib. XIX. tit. 2. qu. 5., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 348. Was zum instrumentum fundi gerechnet wird, wenn darüber nichts verabredet ist, bestimmt vorzüglich l. 8. sq. D. 33. 7. Bemerkenswerth ist, daß nach l. 19. §. 2. D. 19. 2. der Verpachter eines Weinbergs in der Regel die Fässer und Kelter mit Zubehör hergeben muß, dagegen die Körbe zum Einsammeln der Pachter selbst zu besorgen hat.

Zu 6) Der zufällige Schade fällt schon nach allgemeinen Grundsätzen dem dominus fundi zur Last; indem er aber den Pachter oder Miether zunächst berührt, gestaltet er sich zur Nachlaßverbindlichkeit an dem von diesem zu entrichtenden Pacht- oder Miethzins.*)

Vorbersamst versteht sich auch hier, daß nur ein beträchtlicher Schade den Pachter zu einem Nachlaß am Pachtgeld berechtigt. Was ist nun aber ein beträchtlicher Schade? Wohl nicht passend ziehen Viele den Grundsatz von Verletzung über die Hälfte hierher; s. die Allegate bei Glück a. a. O. S. 464. Anm. 70. Wo dieses nicht speciell zur gesetzlichen Norm erhoben ist, wie im österreichischen bürgerl. Gesetzbuch §. 1105., wird nur dem richterlichen Ermessen die Entscheidung anheim gegeben bleiben, Thibaut System §. 515. Anm. b., Sell im civil. Archiv Bd. XX. S. 229. Anm. 78., Glück a. a. O., welchem denn auch bei einem Pacht auf mehrere Jahre die Beurtheilung, ob der reichhaltige Ertrag einzelner Jahre den Verlust in einem andern Jahr ausgleiche, c. 3. X. de locato et conducto (3. 18.) — l. 8. C. 4. 65. — l. 15. §. 4. D. 19. 2., überlassen werden muß. Als allgemeine Grundsätze sind zu bemerken:

a) Omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere, l. 15. §. 2. D. 19. 2., sey es nun Naturgewalt (vis divina, l. 25. §. 6. D. 19. 2.), oder Menschengewalt. Bei jener wird aber vorausgesetzt, daß sie von außen komme; auf mangelhaftes Erzeugniß ist dies nicht zu beziehen, vielmehr wird dieses dem Culturanten zur Last gelegt, Glück Thl. XVII. S. 449. Anm. 33., oder kann auch ein immerwährender Fehler des Grundstücks seyn; v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 641., Glück a. a. O. S. 455., Voet Comm. ad Pand. Lib. XIX. tit. 2. §. 24.

---

*) Weiter geht die Entschädigungsverbindlichkeit des Verpachters gegen den Pachter in der Regel bekanntlich nie; l. 15. §. 2 u. 7. l. 33. D. 19. 2. Ausnahmen s. zur vorigen Frage 4.

b) Der Schade, welchen der Pachter an seinen eigenen Sachen leidet, geht zwar in der Regel den Verpachter nichts an; l. 12. C. 4. 65. Ausnahmsweise wird jedoch ein mittelbarer Einfluß berücksichtigt, wenn eine Viehseuche so allgemein war, daß der Pachter sich an der Bestellung und Benutzung der Pachtfelder schlechterdings behindert fand; Glück a. a. O. S. 456., Balthasar D. de remissione mercedis in locatione praed. rustic. ob ingens damnum ex lue pecorum conductori contingens. §. 8.

c) Der gewöhnliche Grundsatz ist: daß der Verpachter nur für den Verlust einstehe, welchen der Pachter vor der Perception der Früchte erlitten hat, indem sie nachher auf Gefahr des Pachters gehen. Indessen walten darüber Zweifel ob, wann die Früchte für percipirt zu achten seyen. Z. B. während das Getreide noch auf dem Felde liegt, oder das Heu noch auf der Wiese, und es wird durch Ueberschwemmung vernichtet, was ist wohl natürlicher, als daß auch da noch nicht die Früchte für percipirt geachtet werden dürfen? denn sie sind ja erst vom Boden separirt, es ist erst der Anfang zur Perception gemacht, welche nur durch die mögliche Einheimsung vollendet werden kann. Heu und Getreide ist ja, so lange es nicht unter freiem Himmel ausgetrocknet ist, noch nicht perceptionsfähig. Dieser billigen Ansicht, welche v. Gönner im Archiv für die Gesetzgebung Bd. IV. S. 277. selbst dem wahren Interesse des Verpachters zusagender findet, und das preuß. Landrecht adoptirt hat, s. Th. I. Tit. 21. §. 478—596., setzt man zwar l. 78. D. 6. 1. entgegen: perceptionem fructus accipere debemus, non si perfecti collecti, sed etiam coepti ita percipi, ut terra continere se fructus desierint. Dieses Bedenken scheint sich jedoch durch die Bemerkung zu beseitigen, daß diese Stelle nur von dem Verhältniß eines b. f. possessor handelt, ein anderes aber das des Pachters ist; l. 13. in f. D. 7. 4. Julianus ait fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit bonae fidei autem possessoris mox, quam a solo separati sint; cf. l. 48. pr. D. 41. 1. — l. 25. §. 1. D. 22. 1. Glück will zwar diesem von ihm selbst im Thl. VIII. S. 260. Anm. 62. u. Thl. IX. S. 333. hervorgehobenen Unterschied hier kein sonderliches Gewicht beilegen, Thl. XVII. S. 462., räumt aber S. 459., sowie auch Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 5. not. 5. ein, daß die Praxis für unsere Meinung sey;

s. auch Struben rechtl. Bed. Th. I. no. 95., Leyser Suppl. Vol. XI. Sp. 217. med. 17., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. Med. 147., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 118. Anm. 74., Winkler von Kriegsschäden S. 99. no. 98. Es stimmt auch ganz mit den Bestimmungen und Beispielen der l. 15. D. 19. 2. überein, wenn nach Puchta Pand. §. 366. der Grundsatz dahin festgestellt wird: „Wegen eines den Fruchtbezug ganz oder theilweise ausschließenden und nicht überhaupt oder für diese Sache gewöhnlichen Zufalls hat der Pachter auf Remission des Pachtzinses Anspruch." Mehrere für die entgegengesetzte Meinung bei Glück a. a. O. S. 458. Anm. 54. angeführte Rechtsgelehrte sind auch nur insoweit als Gegner zu betrachten, als sie gegen die übertriebene Meinung Einiger sich erklären, welche den Nachlaß am Pachtgeld auch wegen eines die schon eingebrachten Früchte vor deren Verwerthung betroffenen Unglücks statuiren; aber auch nicht wenige halten streng den Satz fest: durch die Separation erlangt der Pachter das Eigenthum der Früchte, und: casum sentit dominus; s. die Lehrbücher von Schweppe Bd. III. §. 467., v. Wening-Ingenheim Bd. II. S. 205. (§. 160.), v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 641., Walch controv. jur. civ. pag. 636. §. 6. (Ed. 3.) Diese Ansicht liegt Napoleons Code civil §. 1771. zum Grund, und ist auch im österreich. bürgerl. Gesetzbuch §. 1105., jedoch nur durch Stimmenmehrheit, angenommen worden; v. Zeiller Comm. §. 1105.

d) Der Schade muß die Früchte betroffen haben, denn die vollständige Benutzungsfähigkeit der Sache muß der Verpachter präſtiren. Demzufolge liegt ihm auch die Wiederherstellung derselben in den vorigen Stand ob, wenn die Sache ohne Schuld des Pachters verloren hat, l. 15. §. 2. D. 19. 2., und wenn der Pachter sich genöthigt fand, hierzu einen Aufwand zu machen, so muß der Eigenthümer ihm solchen ersetzen; l. 55. §. 1. D. 19. 2. — cf. l. 79. D. 50. 16. Gleichwohl berechtigt auch nicht jeder Schade, welcher die Früchte betroffen hat, den Pachter zu einem Abzug am Pachtgeld. Beträchtlich muß derselbe sein, wie schon bemerkt wurde; modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur. Was auf Rechnung des Wechsels der Dinge geschrieben werden muß, kommt natürlich nicht in Betracht, weshalb es einerlei ist, ob die Ernte höher oder ge-

ringer als mittelmäßig ausfällt. Cum quidam de fructuum exiguitate quereretur, non esse rationem ejus habendam; l. 15. §. 5. D. 19. 2. Aber auch ein beträchtlicher Schade ist nicht immer zu einer Remission am Pachtgeld geeignet, nämlich dann nicht, wenn die Natur des Grundstücks vielmehr als äußere Gewalt ihn mit sich brachte, mithin der Pachter wie der Verpachter ihn im Voraus nach dem Lauf der Natur kommen sehen konnte. Z. B. daß ein Ufergrundstück öfters unter Wasser gesetzt wird, bringt seine augenfällige Lage mit sich; es kann aber nur das Außerordentliche berücksichtigt werden. Der Ertrag eines Grundstücks kann wegen ungünstiger Witterung in einem Jahr außerordentlich gering gewesen seyn, und es findet doch keine Herabsetzung des Pachtzinses statt, wenn die Witterung nicht eben außerordentlich ungünstig war, sondern nur bei der besonderen Beschaffenheit des Grundstücks so außerordentlich ungünstig gewirkt hat; l. 15. §. 2. 3. D. 19. 2., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 338.

Die Berechnung des Schadens hat bei einem einfachen Jahrespacht keine Schwierigkeit. Es wird eine Schätzung des regelmäßigen oder gewöhnlichen Fruchtertrags zu Grunde gelegt, und durch Vergleichung desselben mit dem wirklichen Ertrag das Ergebniß festgestellt; z. B. der regelmäßige Ertrag beträgt 100 Scheffel, und es ist ein Pachtgeld von 30 Thlrn. bedungen, sind nun wegen Hagelschlag nur 60 Scheffel geerntet worden, so sind statt 30 nur 18 Thlr. zu bezahlen; s. v. Vangerow a. a. O. Da aber bei Grundstücken ein Pacht auf etliche Jahre die Regel ausmacht, und da die ausgezeichnete Ergiebigkeit eines anderen Jahres zu einiger Ausgleichung dienen kann, so findet man in einzelnen Landesordnungen besondere Bestimmungen, z. B. nach einer in Gebr. Overbeck Meditt. Bd. V. Med. 291. angeführten Verordnung in der Grafschaft Lippe v. J. 1774. wird bei totalem Verlust der Ernte doch nur $^3/_4$ des Pachtzinses erlassen. Nach l. 15. §. 4. D. 19. 2. kann der Verpachter die nachgelassene Summe, selbst wenn der Nachlaß schenkungsweise geschah, vom Pachter in dem Fall noch nachfordern, wenn ein späterer reicher Ertrag den Verlust des vorigen Jahres ausgleicht.

e) Der Einsturz eines Gebäudes wird zwar in der Regel den Unglücksfällen beigezählt, l. 5. §. 4. D. 13. 6. — l. 24. §. 4. D. 39. 2. — l. 1. §. 4. D. 44. 7., wenn aber der Unfall

voraussehbar war, so kann sich der Vermiether nicht durch seine Unkenntniß von der Mangelhaftigkeit des Gebäudes von der Verbindlichkeit zu solchen Handlungen, durch welche der Schade verhütet werden konnte, frei machen, sondern hat den Miether zu entschädigen; l. 2. §. 7. D. 50. 8. — l. 6. C. 4. 24., Erk. d. O.=A.=G. zu Dresden in Seuffert's Archiv Bd. I. S. 361.

Zu 7) Schäden, welche der verpachteten Sache selbst zustoßen, tangiren, wie schon zur Fr. 6. bemerkt wurde, den Pachter nur mittelbar, indem sie den Fruchtertrag vermindern. Es handelt sich daher da gar nicht um Remiß, wie bei einem unmittelbar an den Früchten erlittenen Schaden, sondern um die Verbindlichkeit des Verpachters, die Sache in den vorigen Stand wiederherzustellen. Jedoch wird auch hier die Einschränkung zu beachten seyn, daß, wenn der Schade ad vitia soli gehört, wie denn Ufergründe von Ueberschwemmungen und Bergfelder von Regengüssen gewöhnlich zu leiden haben, der Verpachter nur bei außerordentlichen Schäden, oder quod extra consuetudinem acciderit, l. 15. §. 2. D. 19. 2., einzustehen hat. Diesfalls muß daher der Eigenthümer allerdings die Wasserrisse repariren, und wenn z. B. von einem Bergfeld, wie in einem in Gebr. Overbeck's Meditt. Bd. VII. Med. 360. erzählten Fall, 1500 Fuder Erde von Bergwassern weggeschwemmt wurden, oder der Boden mit Steinen und gänzlich unfruchtbarer Materie völlig überschüttet wurde (Sell im civil. Archiv Bd. XX. S. 199), die nöthige Erde wieder zufahren lassen.

Zu 8) Auch hier pflegt man den bei der Lehre vom Kaufvertrag Kap. IX. §. 218. Fr. 19a. erwähnten Unterschied zu machen, ob das pretium nach Morgenzahl berechnet, oder die Morgenzahl blos demonstrative beigefügt ist. Dieser Unterschied ist aber hier noch weniger zu billigen, indem vielmehr immer angenommen werden muß, daß abseiten der Contrahenten eine bestimmte Proportion zwischen der Morgenzahl der fruchtbringenden Grundstücke und dem Nutzungs=Aequivalent in das Auge gefaßt worden sey, demnach der Pachter, wenn er weniger Land bekommen hat, als ihm unter was immer für einer Art des Ausdrucks versprochen war, allemal zu einem Abzug am Pachtgeld befugt seyn müsse. Ordinem scripturae non posse mutare ordinem juris et voluntatis; Carpzov Lib. V. Resp. 25. no. 4. u. 5., Schmidt hinterl. Abhandl. prakt. Rechtsmaterien Bd. II. S. 271., Struben rechtl. Bed. Thl. I. no. 96. — Thl. IV. no. 52.

Zu 9) Unstreitig hat die Reallasten, wozu in Friedenszeiten auch die Einquartirung der Haustruppen gehört, der Verpachter za tragen; l. 33. in f. D. 19. 2.*) Die mit Verpflegung verbundene Einquartirungslast in Kriegszeiten ist entweder in den Landesordnungen für eine Reallast erklärt, dann fällt sie ohne Zweifel dem Eigenthümer zur Last, oder sie ist es nicht, dann kann sie deswegen, weil im römischen Recht die Einquartirungslast als eine Grundlast behandelt ist, h. z. T. durchaus nicht als eine solche angesehen werden, denn bei der römischen Einlagerung hatte keine Verpflegung stattgefunden; Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 336. Anm. e. Der Miether, welcher den ihm zur Benutzung gehörenden Raum an Einquartirte abzugeben hat, ist dafür gewiß zu einem Remiß am Pachtgeld unter der allgemeinen Bedingung aller Remißgesuche, daß der Verlust nicht unbedeutend war, berechtigt. Verpflegungskosten, Requisitionen u. dgl. prästirt er aber nicht in seiner Eigenschaft als Pachter oder Miethsmann, und kann also auch dafür keinen Remiß am Pachtgeld fordern; s. v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 641. Sie sind blos als Vorschuß zu betrachten, welchen der einzelne zufällig davon zunächst Betroffene auf Rechnung der allgemeinen staatsbürgerlichen Lasten macht, und welcher sofort nach dem allgemeinen Regulativ der directen Abgaben zu repartiren ist. Daß aber zu diesem Vorschuß auch der Verpachter, welchen diese zunächst durch Lage und Oertlichkeit herbeigezogene Last ebensowohl getroffen haben würde, wenn er sein Gut selbst verwaltete, billig zu concurriren habe, wird durch die Nothwendigkeit geboten, daher die gleichheitliche Concurrenz des Pachters und Verpachters meistens als Regel angenommen wird, Glück Thl. XVII. §. 1053. S. 399.; zu der dort angeführten reichen Literatur über diese Streitfrage ist noch beizufügen: Hauß über den Ersatz und die Vertheilung der Kriegsschäden, Nürnberg 1801., und eines Ungenannten Abhandl. über den neuesten Standpunkt und das Princip der jurid. Lehre vom Ersatz der Kriegsschäden, zugleich als Versuch über die Grundrechte der öffentlichen Gesellschaft, 1806., ohne Druckort.

Zu 10) Wenn ihm der Fehler unbekannt war, so geht für ihn blos der Anspruch auf ein Miethgeld verloren; wenn er ihn aber

*) Damit ist nicht zu verwechseln die Steuer von einem Gewerbe; z. B. ich pachte einen Gesundbrunnen, und betreibe mit dem Debit des Wassers ein Handelsgewerb, welches der allgemeinen Gewerbssteuer unterworfen wird; v. d. Nahmer Entscheid. d. Herzogl. Nass. O.-A.-G. zu Wiesbaden Bd. I. no. 9.

kannte, oder kennen mußte, wie bei in die Sinne fallenden Fehlern angenommen werden muß, so hat er auch das Interesse zu prästiren; l. 19. §. 1. D. 19. 2., Neustetel u. Zimmern röm. rechtl. Untersuch. S. 181., Glück a. a. O. S. 360. Gestritten wurde noch im vorigen Jahrhundert darüber, ob Gespensterfurcht den Miether berechtige, den Miethvertrag aufzuheben; Walch controv. jur. civ. pag. 641. Es ist zwar bestritten, ob das ädilische Edict auf Miethverträge anwendbar sey, Walch l. c. pag. 630. §. 1., und nach der richtigeren Ansicht leidet dasselbe allerdings nur auf onerose Verträge, durch welche Eigenthum übertragen wird, Anwendung; aber bei dem Miethcontracte liegt die Verpflichtung zur fehlerfreien Leistung schon im Contracte selbst; s. Fr. 1., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 432. Die Frage, ob eine Hausmiethe aufgehoben werden könne, wenn das Haus von Wanzen inficirt ist, wird daher hier ebenso, wie im allgem. Theil Kap. V. §. 244. zu Fr. 6. geschehen, beantwortet werden müssen.

Zu 11) Es ist wohl h. z. T. nicht mehr wie früher controvers, Walch l. c. pag. 642. §. 12., sondern unbezweifelt, daß der Käufer eines verpachteten Guts keine Verbindlichkeit hat, den Pachter desselben zu behalten,*) wenn der Verkäufer es ihm nicht ausdrücklich zur Kaufbedingung gemacht hat (s. oben allgem. Theil Kap. V. §. 244. zu Fr. 3.); denn wenn der Verkäufer sich damit begnügt hat, den Käufer blos von dem bestehenden Pachtverhältniß in Kenntniß zu setzen, so ist dies wohl nicht, wie Cocceji J. C. Lib. 19. tit. 2. qu. 22. dafür hält, genügend, um den Käufer in obligationem zu versetzen. Eine Ausnahme von der Regel: Kauf bricht Miethe,**) welche beim Ver-

---

*) Auch der Usufructuar ist nicht verbunden, den zur Zeit des entstandenen Nutznießungsrechts auf dem nutznießlichen Gute vorgefundenen Pachter zu behalten; l. 59. §. 1. D. 7. 1., Glück Thl. IX. S. 215., v. Hartitzsch Entscheid. no. 296.

**) [Darauf, daß dieses Sprichwort sich ungenau ausdrückt (indem nicht das Kaufgeschäft, sondern erst der durch Tradition, bez. durch Ingrossation bedingte Eigenthumserwerb dem Käufer das Uebergewicht über den Miether oder Pachter verschafft, und ferner indem der Verkäufer seinem Miether oder Pächter auch nach dem Verkauf noch immer obligatorisch gebunden bleibt), ist mehrfach hingewiesen worden. Fast gleichzeitig haben in neuerer Zeit drei Schriftsteller die Begründung jener (richtig verstandenen) Parömie im Röm. Recht, sowie die entgegengesetzte Auffassung des deutschen Rechts ausführlich erörtert und die Frage der Zweckmäßigkeit und Billigkeit des römischen oder deutschen Standpunktes, welcher letztere namentlich im Preuß. Landrecht einen modernen Ausdruck gefunden hat, angeknüpft; Colberg in Schering's Archiv f. wissensch.

kauf eines verpachteten fiscalischen Guts nach l. 50. D. 49. 14. stattfand, kann nicht auf gerichtliche Verpachtungen des Guts eines Privatschuldners ausgedehnt werden; Albrecht Entscheid. merkw. Rechtsfälle Bd. III. S. 30., Runde Beitr. z. Erläuter. rechtl. Gegenstände Bd. I. no. 16. Im römischen Debitverfahren war der creditor immissus rei servandae causa zwar verbunden, den Pachter seines Schuldners beizubehalten; anders ist es aber im heutigen Concursproceß,*) denn da geht durch die Concurseröffnung eigentlich gar keine Veränderung in den Subjecten des Rechts und der Verbindlichkeit vor sich, indem die Gläubiger den Concursschuldner lediglich repräsentiren. Schreiten sie nun zum Verkauf, wie dies ja auch der Gemeinschuldner selbst gekonnt hätte, so kann der Pachter seine Entschädigungsforderung nur wie jeder andere Gläubiger im Concurs liquidiren. — Hatte der Gemeinschuldner etwas gepachtet, so sind seine Gläubiger zur Fortsetzung des Pachtes zwar berechtigt, aber sie sind nicht gezwungen, von diesem Rechte Gebrauch zu machen; der

---

Abhandl. Bd. I. (1861.) S. 1–46., Träger in Linde's Zeitschr. Bd. XVIII. (1861.) S. 53—88., Friedlieb ebendas. Bd. XIX. S. 434 ff. Mit Recht ist erinnert worden, daß das Uebergewicht des neuen Eigenthumserwerbers über den blos obligatorisch dem auctor gegenüber Berechtigten in der unvermeidlichen Consequenz der Begriffe: Sachenrecht und Obligation, liege, und daß in vielen Fällen (wenigstens bei Mobilien) der detinirende Miether eine faktische Sicherheit genieße, indem er durch Verwehrung der Tradition den Eigenthumsübergang auf den Käufer verhüten kann. Mit Recht ist andrerseits darauf hingewiesen worden, daß eine principielle Unbilligkeit darin liege, daß der Miether oder Pachter, welcher in vielen Fällen sich nicht zu sichern vermag, eine faktische Beeinträchtigung erleidet, während der Käufer, der jetzt sein (s. g.) jus expellendi geltend macht, die Möglichkeit hatte, sich Kenntniß von dem etwa vorhandenen Mieth-(Pacht-)Verhältniß zu verschaffen, m. a. W. daß der, welcher nicht in der Lage ist vorzubeugen, schutzlos, der welcher sich vorsehen kann, auch noch durch das Recht geschützt ist. Viele haben das letztere Moment für durchschlagend erachtet und demgemäß de lege ferenda aufgestellt, daß dem Miether und Pachter ein dingliches Recht zugestanden werden solle. Gegen diese Ansicht möchten wir jedoch — ohne übrigens damit den ganzen Fragencomplex für erledigt ausgeben zu wollen — das geltend machen, daß dingliche Miethen und Pachte ein schwerer Hemmschuh für die Verkehrsbewegung der Güter selbst seyn würde, daß der moderne Verkehr nach möglichster Freiheit des Umlaufs der Güter drängt, und daß derselbe moderne Verkehr der längeren Dauer der Mieth- und Pachtverhältnisse immer abholder wird, daher die durch Kaufsübergang gefährdeten Interessen jetzt durchschnittlich immer weniger belangreich erscheinen dürften.]

*) [Von dem Rechte des Pächters in dem Concurse des Verpächters s. Northoff im Hess. Archiv f. prakt. Rechtswiss. IX. S. 1—63.]

Verpachter behält zwar seine Ansprüche gegen den Cridar wegen Nichterfüllung des Pachtvertrags, aber diesen Ansprüchen sind nicht seine Gläubiger unterworfen, sondern nur die Vermögensmasse des Cridars, in welcher der Verpachter keinen Vorzug vor anderen Gläubigern hat, Glück Thl. XVIII. §. 1063., Hufnagel Mittheilungen H. I. no. 18. Mehreres hierüber, sowie über die Streitfrage, ob der Pachter den Contract mit einem Singular-Nachfolger des Verpachters fortzusetzen verbunden sey, l. 32. D. 19. 2., s. oben allgem. Theil Kap. III. §. 222. Fr. 4. u. Anmerk. Wenn nun der Pachter, welchen ein Gutskäufer nicht übernehmen will, doch noch auf dem Gute sitzen bleibt, so kann der Käufer auch nicht auf das Pachtgeld als Surrogat der genossenen Früchte klagen, sondern nur dahin, daß er solche nach einer eidlichen Specification herausgebe, oder deren Werth ersetze; Goez rechtl. Entscheid. d. jurid. Facultät zu Altdorf S. 175.

Zu 12) Als solche werden I. für das Recht des Vermiethers gewöhnlich angegeben:

a) nach l. 3. C. 4. 65., si propriis usibus dominus aedis eam necessariam esse probaverit. Daß dies nur von einer zur Zeit der Vermiethung nicht vorherzusehen gewesenen Nothwendigkeit verstanden werden dürfe, necessitas, quae tamen non imminebat locationis tempore, ist nach c. 3. X. de locat. (3. 18.) nicht zu bezweifeln; Struben rechtl. Bed. Thl. II. Bed. 34., Boehmer Cons. et Dec. T. II. P. I. resp. 390., Glück Thl. XVII. S. 374., v. Vangerow a. a. O. §. 643. S. 464. der 6. Aufl. Daß die übrigens zwar im strengen Sinne zu nehmende Nothwendigkeit nicht gerade auf die Person des Vermiethers zu beschränken, sondern auch auf das Bedürfniß für seine Angehörigen, für welche er zu sorgen hat, anwendbar sey, darf billig angenommen werden, Glück a. a. O. S. 378. und die in Anm. 70. citirten Schriftsteller, dagegen aber auch gegen die bei Glück a. a. O. Anm. 64. angeführten Dissentienten mit Recht zu behaupten seyn wird, daß der conductor die Vertreibung abwenden könne, wenn er vom gemietheten Raume so viel, als der locator nöthig hat, abtritt, und hierdurch den Grund des Expulsionsrechts aufhebt. Daß aber Mehrere (s. die Citate bei Glück Anm. 59. u. 60.) dieses Expulsionsrecht auch gegen Feld- und Landgüterpachter gelten lassen wollen, ist, wenn auch diese Meinung, wie Glück a. a. O. sagt, die Praxis für sich haben sollte, schwerlich zu billigen, denn die angeführten Gesetze sprechen es lediglich von

Wohnungsmiethen aus, und ein singuläres Recht darf nicht weiter ausgedehnt werden. Land- und Feldgüter hat man des Nutzens und der Annehmlichkeit wegen, eines Wohnhauses aber kann man nie entbehren. Rustical-Pachtungen gehen fast immer auf eine von der Natur vorgezeichnete Reihe von Jahren, welche ohne offenbaren Schaden des Pachters nicht abgeschnitten werden kann; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. Med. 19., Glück a. a. O. u. Thl. XIII. S. 446. Thl. IV. S. 310., Westphal vom Kauf- u. Miethcontract §. 1021., v. Vangerow a. a. O.

b) Wenn der Eigenthümer Bauten im Hause vorzunehmen veranlaßt ist, l. 3. C. 4. 65.: Si dominus corrigere eam maluerit. Doch ist hier zu unterscheiden, ob diese Bauten nothwendig sind, oder nicht; im ersten Falle verliert der Vermiether blos das bedungene Miethgeld, im zweiten muß er dem Miether das volle Interesse ersetzen; l. 30. pr. l. 35. pr. D. 19. 2. Der weitere Unterschied, ob das Baubedürfniß zur Zeit der abgeschlossenen Miethe schon voraussichtlich war, oder nicht, wird von v. Buchholtz jurist. Abh. S. 299. verworfen, weil die l. 3. C. 4. 65. indistinct sagt: nisi corrigere domum maluerit; allein nach cap. 3. X. de loc. (3. 18.) fällt der volle Entschädigungs-Anspruch nur bei einer solchen necessitas weg, quae non imminebat locationis tempore; v. Vangerow a. a. O. Selbst wenn der Vermiether dem Expulsionsrecht entsagt hätte, würde dasselbe in dem Falle dennoch wirksam seyn, wenn das gemeine Beste dabei interessirt ist, daß die Gebäude vor Einsturz bewahrt werden; Glück Thl. XVII. S. 380., Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 5. th. 25. not. 3. Wo immer das Expulsionsrecht, welches nur auf einem temporären Hinderniß beruht, eintritt, kann auch der Miether nach Beendigung desselben, mithin nach vollendetem Bau, wieder die Fortsetzung des Miethvertrags fordern; Glück a. a. O., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 19. tit. 2. §. 47.

c) Wenn der conductor schlecht mit der Sache umgeht, l. 3. C. 4. 65. si tu male in re locata versatus es; l. 54. §. 1. D. 19. 2., Seuffert's Archiv XII. no. 265. Einige halten dafür, es müsse ein unersetzlicher Schade seyn; Cocceji J. C. Lib. 19. tit. 2. qu. 18. Allein beide angeführte Gesetze machen eine solche Distinction nicht, und daß der Vermiether

wohl auch auf Schadenersatz dringen kann, schließt das ihm in diesen Gesetzen gegebene stärkere Recht nicht aus: melius est, rem restitui, quam incertum cautionis eventum spectare; l. 6. D. 27. 6.

d) Wenn der Miether 2 Jahre lang*) mit dem Miethgelde in Rückstand bleibt, l. 54. §. 1. l. 56. D. 19. 2. — Nov. 120. c. 8. — c. 3. X. de loc. (3. 18.), wogegen auch ein pactum de non expellendo nicht schützen soll, l. 54. §. 1. cit., doch kann der Miether es noch abwenden, wenn er, ehe noch gekündigt wird, vollständig zahlt; c. 3. X. cit. Vergl. Seuffert's Archiv XII. no. 23. 152. Manche Rechtsgelehrte halten nicht blos einen zweijährigen, sondern überhaupt einen zweimaligen Rückstand für hinlänglich, so daß, wenn das Miethgeld vierteljährlich zu bezahlen war, schon zwei Quartalreste den Miethherrn berechtigen würden, den Miether zu vertreiben, Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VIII. Med. 430. und die bei Glück a. a. O. Anm. 87. angeführten Schriftsteller; allein dieser Meinung ist besonders c. 3. X. cit. entgegen: cum canonem per biennium non solvisset. Der Fiscus hat übrigens ein Singularrecht gegen den Zollpachter nach l. 10. §. 1. l. 11. §. 1. D. de publicanis (39. 4.).

II. Andererseits ist der Pachter oder Miether vor der Zeit vom Contract abzugehen befugt, wenn ohne seine Schuld Umstände eintreten, welche ihm den ruhigen, ungeschmälerten Gebrauch der Sache nicht mehr gestatten, z. B. wenn er die gemiethete Wohnung wegen einer mit Grund zu befürchtenden Gefahr verlassen muß, l. 27. §. 1. D. 19. 2., wenn ihm durch Bauveränderungen oder dadurch, daß es der locator an den nöthigen Reparaturen hat fehlen lassen, die Benutzung der Sache bedeutend geschmälert ist, l. 25. §. 2. l. 27. pr. D. 19. 2., wenn der locator ihm nicht zu rechter Zeit den Gebrauch der Wohnung oder eine gleich vortheilhafte verschafft hat; l. 60. pr. D. 19. 2., oder wenn derselbe ihn während der Contractszeit und zwar nicht blos auf wenige Tage am Gebrauch verhindert hat, l. 24. §. 4. D. 19. 2., vergl. Anm. ** zur Fr. 1., oder wenn eine Menge nicht leicht vertilgbaren Ungeziefers, als Ratten, Wanzen ꝛc., den Gebrauch beschwert; Sintenis a. a. O. §. 118. Anm. 62., v. Van=

---

*) Versteht sich, bei Vermiethungen und Verpachtungen auf mehrere Jahre; Glück a. a. O. S. 387., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 118. Anm. 55.

gerow Pand. Bd. III. §. 643. S. 465. d. 6. Aufl. [Seuffert's Archiv XII. no. 150. (jährliche Ueberschwemmungen); XIV. no. 227.]

Zu 13) Unzweifelhaft impensae necessariae,*) aber utiles nur, insofern sie der Sache wirklich einen höheren Werth geben, und dieser höhere Werth bei Endigung der Pachtzeit noch vorhanden ist, auch die Kosten nicht unmäßig, nicht außer Verhältniß mit der Sache und dem Betrag des Miethgeldes stehen. Impensae voluptuariae gewähren nur ein ohne irgend eine Beschädigung der Sache auszuübendes jus tollendi; Höpfner Institt. §. 894.

Zu 14) Von der Regel der l. 25. C. 4. 65: si quis conductionis titulo agrum vel aliam quamcunque rem accepit, possessionem restituere debet, et tunc de proprietate litigare, lassen sich allerdings Ausnahmen denken: a) Wenn der Miether nach eingegangenem Miethvertrage das Eigenthum vom Vermiether erlangt zu haben behauptet, denn in diesem Falle wird es vermöge der traditio brevi manu so angesehen, als sey die vorausgegangene detentio beendigt; l. 173. §. 3. D. 50. 17. — l. 1. §. 4. D. 43. 18. — b) Wenn der conductor schon vor eingegangenem Miethvertrage Eigenthümer war, denn dann war der von ihm nur im Irrthum eingegangene Miethvertrag nichtig; l. 20. l. 23. C. 4. 65. — Wenn der conductor das Object des Vertrags während der Pachtzeit von einem Dritten erworben hat, so kann er während der Pachtzeit zwar allerdings die Vindication gegen den Verpachter anstellen, aber die alieno nomine detentio dauert von seiner Seite bis zur Entscheidung in petitorio oder bis zum Ablauf der Pachtzeit fort. Wird er hingegen vom locator belangt, so wird zu unterscheiden seyn: 1) Wenn die actio locati auf Zahlung des Miethgeldes gerichtet ist, so kann der Beklagte sich der Einrede des Eigenthums von der Zeit an bedienen, wo er Eigenthümer geworden zu seyn behauptet, denn von dem Augenblick, wo der conductor Eigenthümer wird, hört nach l. 45. pr. D. 50. 17. cf. §. 2. J. 3. 20. der Miethvertrag auf, auch bezieht sich die vorangeführte l. 25. C. nur auf die zu bewirkende Restitution, nicht aber auf Zahlung des locarii. Geht aber 2) die Klage des locator auf Restitution der Sache, so kann die Restitution nicht durch die exc. dominii aufgehalten werden, denn dies wäre eine wahre de proprietate litigatio; Thon in Linde's

---

*) Wenn sie nämlich auf die Sache selbst gemacht wurden, denn die auf die Früchte verwendeten Kosten sind allemal von demjenigen zu tragen, dem die Früchte zu Gute kommen; l. 7. §. 16. D. 24. 3. — l. 16. D. 25. 1.

Zeitschr. Bd. I. S. 470., vergl. Weber Beitr. zur Lehre von Klagen und Einreden Stck. I. S. 85.

Zu 14a) Das Recht aus dem Pacht- oder Miethvertrage geht auf beiden Seiten auf die Erben über; §. 6. J. 3. 24. — l. 10. C. 4. 65. Eine Ausnahme findet aber freilich statt, wenn das Recht ein seiner Natur nach auf die Lebenszeit beschränktes war, wie der ususfructus, l. 9. §. 1. D. 19. 2. — l. 10. C. 3. 33. — l. 18. C. 5. 12., und wenn Jemand auf solange, als er wolle, verpachtet hat, so endigt sich der Pacht auch mit seinem Tode; l. 4. D. 19. 2. Einen besonderen Fall enthält l. 15. §. 9. D. 19. 2.

Zu 15) Der Verpachter muß sich zufrieden stellen, wenn für seine illiquiden Ansprüche auf irgend eine Weise genügende Sicherheit vom Pachter geleistet wird.

Zu 16) Ueber den Inhalt und Umfang des stillschweigenden Pfand- und Retentionsrechts des locator ist zu bemerken:

a) Dasselbe dient — wenigstens nach gemeinem Recht und auch nach der neueren Sächsischen Praxis, s. Zeitschr. f. Rechtspflege u. Verw. N. F. Bd. IX. S. 262. — nicht nur für das Miethgeld, sondern für alle mit der act. locati gegen den Miethsmann zu verfolgenden Ansprüche zur Sicherheit des Locators.

b) Es beginnt, wenn das Object ein praedium rusticum ist, weil ihm da — wenigstens nach der gemeinen Meinung — nicht alle invecta et illata, sondern nur die aus dem Gute erzeugten Früchte unterworfen sind,*) erst mit dem Moment ihrer Perception, denn die fructus pendentes gehören dem Verpachter jure soli, und da Niemand an seiner eigenen Sache ein Pfandrecht haben kann, so kann dieses nicht früher zur Entstehung kommen; Braun zu Thibaut §. 642. S. 516. no. 9. Ist aber das Object ein praedium urbanum, so beginnt das hier alle invecta et illata regelmäßig afficirende Pfandrecht des Vermiethers mit dem Zeitpunkte der Illation, ergreift aber auch im Voraus die noch nicht fälligen Miethgelder, so daß in-

*) Vgl. Bd. II. §. 127. Fr. 18. Die Frage ist zwar streitig, ob nicht auch das Pfandrecht des Verpachters eines Landguts sich auf invecta et illata erstrecke; allein höchstens dürfte dies ein bestehender usus rechtfertigen, wie ihn Voet Comm. ad Pand. Lib. 20. tit. 2. §. 3. bezeugt; wo dieser nicht erweislich ist, müßte eine solche Ausdehnung erst in der Art eines pignus conventionale tacitum vel expressum bewirkt werden; l. 5. C. 4. 65. — l. 4. l. 6. l. 7. D. 20. 2., Püttmann Adversar. jur. Lib. II. cap. 6. Die Literatur über diese Streitfrage s. Glück Thl. XVIII. S. 443.

zwischen bestellte Pfandrechte doch nicht den später angefallenen oder noch anfallenden Miethgeldern vorgehen. Nur bei der ausdrücklichen oder stillschweigenden Relocation ist hierin eine Ausnahme zu machen, denn für die aus dieser entspringenden Miethzinse fängt das Pfandrecht erst von Zeit der Relocation an, so daß ihnen also die vor der Relocation constituirten Pfandrechte vorgehen; Meißner v. stillschw. Pfandr. Thl. I. S. 162., Schwarze u. Heyne Unters. prakt. wichtiger Materien S. 125. Anm. 2.

c) Es gewährt zugleich dem Vermiether das Recht, die der Hypothek unterworfenen Sachen nach abgelaufener Miethzeit zu retiniren, und bei der Obrigkeit um Anlegung der Siegel zu imploriren, um deren Fortschaffung zu verhindern; Glück Thl. XVIII. S. 427. Daß aber die Imploration der Obrigkeit zur Ausübung des Retentionsrechts nothwendig sey, und der Vermiether sich nicht selbst in den Besitz der inferirten Sachen des Miethmannes sollte setzen können, verneinen Schwarze u. Heyne a. a. O. S. 128. gewiß mit Recht, und das Gegentheil scheint auch nicht, wie sie glauben, Glück's eigentliche Meinung gewesen zu seyn, denn sie wäre der Natur des Retentionsrechts entgegen; l. 34. D. 39. 2. Der Locator setzt sich ja nicht eigenmächtig, sondern vi conventionis tacitae in den Besitz.

d) Es ist streitig, ob das Pfandrecht des Vermiethers an den invectis et illatis nur soweit sie sich zur Zeit der Persecution noch inferirt befinden, oder soweit sie ursprünglich inferirt, wenngleich in der Folge veräußert worden sind, gelte. Letzteres behaupten Schwarze u. Heyne a. a. O. S. 131. zufolge des für General-Hypotheken in l. 15. C. 8. 14. ausgesprochenen, von uns bereits Bd. II. S. 449. Fr. 5. erörterten Grundsatzes: res oppignorata non aliter transit, quam cum onere. Ersteres aber vertheidigt Glück a. a. O. als eine wesentliche und, um nicht alle Freiheit des Verkehrs auf ganz unnatürliche Weise auszuschließen, nothwendige Eigenheit der speciellen Hypothek in invectis et illatis, welche allerdings auch der Verpfändung einer taberna sehr analog ist. Uebereinstimmend ist ein Erk. des A.-Ger. zu Leipzig, s. Sächs. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. 1840. S. 454., in Erwägung, daß die als Zweifelsgrund angeführte Analogie aus l. 20. D. 41. 2. — l. 12. D. 43. 16. unzutreffend ist, weil diese Stellen nicht von

dem Falle sprechen, wo der Käufer schon Eigenthum erlangt hat, und l. 5. C. 8. 15. von einem ausdrücklichen Pfandrecht redet, das dem Vermiether eingeräumt war. Besäße übrigens der Miethsmann die inferirten Sachen noch selbst, und nur an einem andern Orte, so könnte der Miethherr allerdings zur Sicherung des unbezahlt gelassenen Miethzinses noch sein Pfandrecht durch obrigkeitliche Siegelanlegung geltend machen, denn nur, wenn die Sachen an einen Dritten gelangt waren, fiel dieses Recht weg; l. 1. u. 2. C. 2. 17., Schwarze u. Heyne a. a. O. S. 134.

e) Ob das pfandschaftliche Retentionsrecht des Vermiethers von diesem auch auf einen Andern übertragen werden könne? ist wohl zu verneinen, denn das Recht ist durch den Besitz des Hauses bedingt, daher in den Gesetzen auch nur dem locator gegeben, der Cessionar aber steht dem conductor nicht als locator, sondern nur als Inhaber einer Forderung des Vermiethers gegenüber. Schwarze u. Heyne a. a. O. S. 151. verneinen es sogar dann, wenn der Andere als Käufer des Hauses und zugleich als Cessionar des bereits angefallenen Miethgeldes dem Miether entgegentritt; s. dagegen Hermann der Miethvertrag S. 164., vergl. oben allgem. Theil Kap. III. §. 222. zu Fr. 4.

Die Frage, ob dem Pfandrecht des Vermiethers auch die von dem Aftermiethsmann inferirten Sachen unterworfen seyen, wird zwar von Mehreren verneinend beantwortet, und ein scheinbarer Grund für diese Meinung liegt allerdings darin, daß nur zwischen dem Vermiether und Miether, aber nicht zwischen Ersterem und dem Aftermiether ein nexus obligatorius besteht; Walch controv. jur. civ. pag. 430. §. 14., Gmelin Comm. de jure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. §. 25. Allein die Gesetze sprechen sich klar darüber aus, daß derjenige, welcher theilweise in das Rechtsverhältniß des Miethers eintritt, auch derselben rechtlichen Bedingung unterworfen sey, unter welcher überhaupt nur diese Benutzungsart fremden Eigenthums im beiderseitigen Interesse zur Entstehung kommt, l. 11. §. 5. D. 13. 7., daher nur dann, wenn der Miether umsonst Jemand in den von ihm gemietheten Wohnungsraum einnimmt, wo also ein Aftermiethsvertrag gar nicht entsteht, dessen eingebrachte Sachen nicht dem stillschweigenden Pfandrecht des Vermiethers unterworfen sind; l. 5. pr. D. 20. 2. Die gemeine Meinung geht daher dahin, daß ein wirklicher Aftermiether mit seinen invectis

et illatis jure pignoris taciti nicht nur dem Aftervermiether, sondern auch dem Hausbesitzer bis auf die Summe hafte, für welche ihm der vom ersten conductor gemiethete Raum in Aftermiethe überlassen worden ist; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. Med. 251., Glück Thl. XVIII. S. 428. und die in Anm. 13. angeführten Schriftsteller. Bei dem Pacht eines praedii rustici, welches wiederum in Afterpacht hingegeben worden ist, kann darüber gar keine Frage entstehen, wenn man annimmt, daß da dem Verpachter an den invectis et illatis ein Pfandrecht gar nicht zustehe, sondern nur an den Früchten, denn diese bleiben dem Verpachter immerzu verhaftet, gleichviel ob sie der Pachter oder ein Afterpachter percipirt, fructus in causa pignoris manent; l. 24. §. 1. D. 19. 2., Braun Erörter. zu Thibaut §. 642. S. 575., Glück a. a. O. S. 441.

Worin der Unterschied eines praedium rusticum et urbanum zu suchen sey, ist zwar schon Bd. II. §. 111. Anm. * angedeutet worden, aber in Bezug auf das Pfandrecht ist der Beurtheilung noch ein besonderer Gesichtspunkt angewiesen, l. 4. D. 20. 2., und dieser ist die Bestimmung und Nutzbarkeit, denn nur productive können unter den Begriff der praedia rustica fallen, sowie solche, welche nichts erzeugen, sondern blos zur Wohnung oder Aufbewahrung dienen, nur als praedia urbana gelten, daher stabula, horreum, diversorium, area, doch versteht sich dies bei Städeln und Scheunen nur, wenn sie besonders vermiethet sind, und nicht, wenn sie der Pachter eines praedium rusticum mit diesem zur Benutzung erhält; Meißner vom stillschw. Pfandr. S. 148., Glück Thl. XVIII. §. 1087., Braun a. a. O. §. 642. Der Gesetzgeber ging davon aus, gleichwie von Niemandem angenommen werde, daß er seine Sache weggebe, ohne des Kaufpreises oder allenfalls noch der Sache selbst mächtig zu seyn, so gebe man auch nicht die Benutzung seines Eigenthums weg, ohne der Vergütung derselben sicher zu seyn. Bei fructificirlichen Gegenständen machte sich diese Sicherheit gleichsam von selbst in den Früchten, bei Gegenständen anderer Art fand zuerst der usus, dann das Gesetz eine Aushilfe in dem Pfandrecht an den Sachen, für welche die Miethe benutzt wird, und welche in der Absicht eingebracht wurden, daß sie während der Miethzeit da bleiben sollen.

Zu 17) Bei dem Vermiether eines praedium urbanum hat es wohl nach l. 11. §. 5. D. 13. 7. cf. l. 5. pr. D. 20. 2., ungeachtet eines neuerlichen Dissensus, s. Huß in Linde's Zeitschr. Bd. XVII. S. 413., keinen Anstand, daß ihm das stillschweigende Pfandrecht zustehe, er mag nun Eigenthümer, oder Usufructuar (Sintenis Pfandr.

§. 33. S. 297., Schwarze u. Heyne Unters. prakt. wichtig. Materien S. 127. Anm. 6.), oder Afterverpachter seyn. Bei dem Afterverpachter eines praedium rusticum aber differiren die Meinungen. Glück Thl. XVIII. S. 441. tritt der Meinung der von ihm in Anm. 39. angeführten Schriftsteller bei, welche den Afterverpachter mit dem Aftervermiether für gleich berechtigt halten, indem der Grund ja ebenderselbe, und es daher nur für eine Zufälligkeit anzusehen sey, daß die Gesetze gerade vom Eigenthümer sprechen. Allein es liegt doch gewiß ein wahrer Grund der Abweichung in der vorhin zur Fr. 16. bemerklich gemachten Verschiedenheit des Verhältnisses. Denn bei dem praedium rusticum behält ja der verpachtende Eigenthümer sein Pfandrecht an den Früchten, diese mögen nun vom Pachter oder von einem Afterpachter percipirt werden, ganz unverändert, l. 24. §. 1. D. 19. 2., und es ist ihm wesentlich in seiner Eigenschaft als dominus fundi gegeben, was der Afterpachter nicht ist, dieser kann sich also das jenem zuständige Pfandrecht nicht zuschreiben; Meißner vom stillschw. Pfandr. §. 69., Thibaut Syst. §. 788., Braun Erörter. zu Thibaut §. 642.

Zu 18) Vom gewöhnlichen Pacht unterscheidet sich der Erbpacht durch die Unwiderruflichkeit des Benutzungsrechts, und durch die Unveränderlichkeit des Zinses; vom Erbzinslehen dadurch, daß bei diesem das nutzbare Eigenthum auf den Erbzinsmann transferirt wird, der Erbpachter aber nur ein erbliches Nießbrauchsrecht (jus ususfructus hereditarium) mit Vorbehalt des grundherrlichen Eigenthums erhält, wovon die Meiergüter ein Beispiel liefern; v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. III. S. 147.

Zu 19) Wo Provinzialrechte nicht bestimmen, muß die Zulässigkeit mündlicher Verträge beim Erbpacht nicht minder als beim Zeitpacht angenommen werden, l. 1. l. 2. pr. l. 14. D. 19. 2., Struben rechtl. Bed. Thl. III. no. 58., v. Bülow u. Hagemann a. a. O. S. 152., denn die Vorschrift des R. R., daß ein Erbzinsvertrag schriftlich errichtet werden müsse, Nov. 7. pr. — Nov. 120. c. 5. u. 6., kann nicht auf ein Pachtverhältniß angewendet werden. Mehrere Rechtslehrer stellen die Vermuthung für einen Zeitpacht auf, Mevii Decis. P. I. dec. 163. P. III. dec. 288. u. 289., allein l. ult. C. de fund. patrim. (11. 61.) nimmt wenigstens bei einem 40jährigen Besitz des Grundstücks gegen einen gleichförmigen Zins an, daß der Pachter ein Erbrecht und die Unveränderlichkeit des Canons erlangt habe. Vergl. über diese Materie überhaupt v. Ende verm. jurist. Abhandl. Thl. I. S. 60. über Erbpacht und dessen Beweis durch Vermuthungen,

Elvers' Themis Bd. I. S. 554. von den Befugnissen des Erbpachters, Strombeck Beitr. zur Rechtswissenschaft 2c. von dem Gewährleistungs-Anspruch des Erbpachters.

---

§. 300.

2. Locatio operarum*) und operis.**)

1) Ist derjenige, welcher Dienste gemiethet hat, berechtigt, sie einem Andern zu sublociren?
2) Wer trägt die Gefahr, insbesondere bei einem opus locatum?
3) Kann die Bestellung eines Werks auch einseitig vom Besteller wieder aufgehoben werden?
4) Ist der conductor operis verbunden, Caution für die Lieferung des Werks zu bestellen?

---

*) Locator operarum ist derjenige, welcher seine Kräfte zur Verfügung eines Andern stellt, um Geld dafür zu erhalten; conductor derjenige, welcher die Dienste empfängt; wogegen bei der locatio operis gewöhnlich derjenige, welcher ein opus zur Ausführung aufgibt, locator, und derjenige, welcher es ausführt, conductor heißt. Wer seine Dienste vermiethet, ist nicht nur wegen deren Nichtleistung, sondern auch für Mangel an Sorgfalt und Geschicklichkeit verantwortlich, sowie für die rechtzeitige Leistung oder Ablieferung, je nachdem operae oder opus den Gegenstand ausmachen. Culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset; l. 25. §. 7. D. 19. 2. Auch künstlerische Leistungen werden unter der loc. cond. operarum begriffen; l. 5. §. 2. D. 19. 5.

**) Dabei ist wesentlich, daß die Sache, welche der Gegenstand der Bearbeitung oder des Transports ist, dem, der die Arbeit übernimmt, geliefert werde, indem außerdem vielmehr ein Kauf, als eine Verdingung vorhanden ist; Weiske skept. prakt. Behandl. einiger civilrechtl. Gegenstände S. 11., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. §. 347. Indessen wird der Charakter der Verdingung dadurch noch nicht aufgehoben, daß der Uebernehmer der Arbeit etwelche Zuthaten hergibt; l. 20. D. 18. 1. — l. 22. §. 2. D. 19. 2. Nicht wesentlich ist es, daß das Absehen dahin ginge, von dem, welcher das opus liefert, dieselben einzelnen Stücke wieder zu erhalten, welche man hergegeben hat. Man nimmt nämlich in solchem Falle doch immer locatio conductio, aber irregularis s. anomala an, Unterholzner a. a. O., und sieht es, wenn vertretbare Sachen zur Verarbeitung oder zum Transport übergeben worden sind, so an, daß der conductor nur für dieselbe Gattung, Quantität und Qualität verantwortlich sey; Schilling Lehrb. Bd. III. S. 483. Anm. z.

4 a) Ist es durchaus nothwendig, daß der Preis des opus gleich anfänglich fest bestimmt sey?

4 b) Findet auch bei der Dienstmiethe relocatio tacita statt, und für welchen Zeitraum gilt sie dann?

4 c) Erlischt die loc. cond. operarum durch den Tod des einen oder andern Theils? desgleichen die loc. cond. operis? *)

4 d) [Ist der Dienstherr, welcher den in seinem Dienst Stehenden vor der contractmäßigen Zeit eigenmächtig entläßt, zur sofortigen Entrichtung des gesammten bis zum Ablaufe der contractmäßigen Zeit zu berechnenden Lohnes verpflichtet?]

4 e) [Ist eine auf Lebenszeit eingegangene locatio operarum verbindlich?]

Vom Frachtvertrag insbesondere.

5) Was ist unter der vis major begriffen, für welche der Fuhrmann nicht einzustehen braucht?

6) Wenn der Verlust des Frachtlohns für den Fall verspäteter Ankunft bedungen war, ist dann der Fuhrmann außerdem doch noch dem Absender den dadurch erweislich entstandenen Schaden zu ersetzen verbunden?

7) Verliert der Empfänger der Waare seinen Anspruch an den Fuhrmann durch Annahme der Waare und Zahlung des Frachtlohns?

8) Hat der Fuhrmann, wenn er die Waare an den bestimmten Empfänger ausliefert, ohne nebst der Fracht auch die Spesen, welche auf der Waare haften, von ihm bezahlt erhalten zu haben, den Regreß an den Aufgeber oder Spediteur verloren?

9) Wenn unterwegs die Ladung wegen verbotener Ein- oder Durchfuhr confiscirt wird, und der Fuhrmann durch die

---

*) Daß es in Ansehung der praestatio culpae gleiche Bewandtniß bei der loc. cond. operarum, wie bei der loc. cond. rerum habe, scheint kaum einer besondern Bemerkung zu bedürfen. Z. B. wer die Dienste eines Andern in einer selbst dazu angewiesenen Localität fordert, hat dafür einzustehen, wenn in Folge baulicher Gebrechen dieser Localität der Arbeiter, z. B. durch einen herabgestürzten Balken, Schaden an seinem Körper erleidet; Strippelmann Samml. bem. Entscheid. d. O.-A.-G. zu Cassel Thl. III. Abthl. I. no. 35.

Beschlagnahme Schaden erleidet, hat er dann an den Absender den Regreß?

Zu 1) Diese Frage wird von Manchen, was die loc. cond. operarum betrifft, bejaht, Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 5. th. 22. not. 5., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 19. tit. 2. §. 29., Emminghaus ad Cocceji h. t. qu. 9. not. r., von Andern verneint, Glück Thl. XVII. S. 316., Schilling Lehrb. Bd. III. S. 486. Anm. u., und diese Meinung dürfte wohl die richtigere seyn, denn wenn ich Jemandem meine Dienste verdinge, so hat nur dieser ein persönliches Recht auf dieselben erworben, ich brauche mir daher nicht die Substituirung eines Andern gefallen zu lassen, dem ich kein Recht darauf eingeräumt habe. Man sagt zwar, ich müßte dies wenigstens dann, wenn es mir gleichgiltig seyn kann, welchem Herrn ich diene, Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 345., oder wenn mir dadurch das Dienstverhältniß nicht erschwert wird, Westphal vom Kauf-, Mieth- und Pachtcontr. §. 909.; allein das Recht der persönlichen Freiheit gewährt jedem Menschen die freie, eigene Disposition über seine Kräfte. Umgekehrt ist auch der Vermiether der Dienste oder der Arbeiter nicht befugt, sie durch einen Andern verrichten zu lassen, wenn der Miether derselben auf seine persönlichen Fähigkeiten Rücksicht genommen hat, und daher die Verrichtung durch einen Andern nicht zugeben will; l. 31. D. 46. 3., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 346. III. Ob jenes der Fall ist, muß nächst der conceptio verborum aus der Natur der Leistung an sich, ex natura facti beurtheilt werden; l. un. §. 9. C. 6. 51. Anders ist es bei der Verdingung eines Werks (loc. cond. operis), wenn ich dasselbe auszuführen übernommen habe, und die Uebereinkunft nicht besonders auf meine eigene Ausführung gerichtet war, so muß mir auch erlaubt seyn, mich aller Werkzeuge und Hilfsleistungen zu bedienen, welche ich dazu nöthig finde, und dem Aufgeber geschieht dadurch Genüge, daß es befriedigend ausfällt, potius enim opus ipsum, quam artificem spectamus; Glück Thl. XVII., S. 317., Unterholzner a. a. O. S. 348. Anm. a.

Zu 2) Die Frage: wer in Obligationsverhältnissen die Gefahr zu tragen habe, ist bereits oben im allgem. Theil Kap. IV. §. 234. zu Fr. 1. auch bezüglich der loc. cond. operarum erörtert worden und hier nur bezüglich des eigenthümlichen Verhältnisses bei der loc. cond. operis Folgendes beizufügen. Außer Zweifel ist es, daß nach erfolgter

Uebernahme und Approbation des Bestellers die Gefahr mit dem Eigenthum auf diesen übergehe.*) Hat sich der Unfall vor der Approbation ereignet, so ist das Recht des redemptor auf die Gegenleistung dadurch bedingt, daß er außer der Beendigung des Werks und der casuellen Vernichtung oder Beschädigung desselben zugleich noch beweist, daß das opus so beschaffen war, daß es hätte gebilligt werden müssen;**) l. 25. §. 7. l. 36. l. 37. l. 59. D. 19. 2., Mommsen Beitr. z. Obl. R. Abthl. I. S. 377., Glück Thl. XVII. §. 1055. Der Zufall fällt übrigens auch dann dem redemptor operis nicht zur Last, wenn die Ursache in der Fehlerhaftigkeit des vom locator dazu gegebenen Stoffes lag; l. 13. §. 5. l. 62. D. 19. 2. Verschieden hiervon ist das in der Natur des Geschäfts überhaupt liegende Risico der Sache, welches solange auf Rechnung des Verfertigers geht, bis es accordmäßig zu Stande gebracht ist; Weiske skept. prakt. Behandl. einiger civilrechtl. Gegenstände S. 20. Anm. 17., vgl. l. 27. §. 29. D. 19. 2., vgl. Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 350.

---

*) Singularrecht des Fiscus ist die 15jährige Haftung der Baumeister und curatores operum für übernommene öffentliche Bauwerke; l. 2. §. 1. D. de oper. publ. (50. 10.)

**) Eine Ausnahme hiervon wird von mehreren Rechtsgelehrten, Mackeldey Lehrb. §. 381. lit. e., Sell im civil. Archiv Bd. XIX. S. 318. u. 323., in dem Falle angenommen, wenn fungible Sachen als solche, ohne Rücksicht auf die übergebene Species, zum Verarbeiten, Transport u. dergl. übergeben werden, indem diesfalls der Empfänger Eigenthümer werde, mithin die Gefahr zu tragen habe; Thibaut Syst. §. 445., Weiske Rechtslex. Bd. VII. S. 828. mit Bezug auf l. 31. D. 19. 2. — l. 34. pr. D. 34. 2. Dagegen sind aber die Bemerkungen von v. Buchholtz in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. VIII. S. 10. zu beachten. Im Fall der l. 31. D. 19. 2. ereignete sich der Eigenthumsübergang nicht durch eine Handlung des Arbeiters (Schiffers), sondern des Bestellers selbst durch commixtio; nicht immer aber liegt in der Uebergabe einer fungiblen Sache, z. B. eines Stückes Gold, eine Eigenthumsübertragung, denn entweder verarbeitet der Goldarbeiter das übergebene Gold ganz allein zu dem zu liefernden Gegenstande, dann ist er nicht Eigenthümer geworden, weil er die Specification nicht im eigenen Namen vollendet hat, oder er läßt das Gold ruhig bei sich liegen und macht aus anderem Golde gewünschte Sächelchen; hier wird er Eigenthümer jenes Goldes erst nach Ueberlieferung dieser neuen Species an den Besteller, welchem bis dahin immer noch die Vindication des unverändert gebliebenen Goldes zusteht, oder der Goldarbeiter verarbeitet das empfangene Gold mit seinem eigenen Golde zusammen, dann ist er durch Confusion Eigenthümer geworden. Rücksichtlich solcher Verschiedenheit der Fälle erklärt sich auch der Ausdruck in l. 34. cit.: *quatenus* dominium transiit; s. auch Mühlenbruch Pand. Bd. II. §. 414. Anm. 1.

Zu 3) Der locator operis kann selbst dann, wenn der conductor die bestimmte Zeit zur Ablieferung nicht einhält, doch nicht vom Contract abgehen, wenn solches nicht für diesen Fall besonders ausgemacht ist, sondern nur auf das Interesse oder die bedungene Conventionalstrafe klagen, wenn das Werk durch Schuld oder Zögerung des Conductors verspätet wurde, l. 113. pr. D. 45. 1.; wenn aber dasselbe nach theilweiser Fertigung durch einen Zufall vernichtet wurde, so muß dem Conductor die ganze bestimmte Zeit von Neuem gestattet werden; l. 15. D. 45. 1. Jedoch kann der locator in dem Falle den Contract aufkündigen, wenn sich ergibt, daß der Unternehmer den Kostenanschlag zu gering gemacht hat, und deshalb der Bestellende es vorzieht, das Werk unvollendet zu lassen; denn wenn das Ganze nicht für den Anschlagspreis zu liefern möglich ist, so würde der Besteller ja nur ein unvollendetes Werk erhalten; er kann daher das Geschäft, auch wenn es schon begonnen hat, unter solchen Umständen wieder aufheben; l. 60. §. 4. D. 19. 2., Unterholzner a. a. O. S. 348., Weiske zu Fr. 2. cit. S. 9., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 416. Es kann auch der Fall seyn, daß das Werk deswegen nicht zu Stande gebracht werden kann, weil die vom Verdinger zur ausschließenden Verwendung dafür gegebenen Materialien nicht ausreichen, oder vorher untergegangen sind. Wußten dies beide Contrahenten, so ist kein giltiger Vertrag vorhanden; wußte dies blos der Arbeiter, so ist der Besteller nicht an den Contract gebunden, und kann überdies das Interesse in Anspruch nehmen, welches er daran hat, daß der Vertrag überhaupt nicht abgeschlossen wäre. Wußte es der Besteller, während der Arbeiter sich in einem entschuldbaren Irrthum befand, so muß er dem Arbeiter den durch sein dolus verursachten Schaden ersetzen. Wußten es beide Theile nicht, so ist keiner an den Vertrag gebunden; Mommsen Beitr. zum Obl. R. Abthl. I. S. 187.

Zu 4) Zur Sicherung des Locators, wenn dieser zur Bestreitung der Kosten des Unternehmens Vorschüsse bewilligt, oder für ein längere Zeit erforderndes Werk jährlich einen bestimmten Theil des Lohns verspricht, muß der Conductor für die Lieferung des Werks Caution bestellen; l. 58. §. 2. D. 19. 2. — l. 40. §. 5. D. 35. 1., Weiske a. a. O. S. 10., Schilling Lehrb. Bd. III. §. 309. S. 490.

Zu 4 a) Wenn ein opus ohne vorgängige Festsetzung des Preises bestellt wird, so ist dies zwar keine locatio conductio, Gaj. III. §. 142., l. 52. pr. D. 24. 1., aber doch keineswegs ein unverbindliches Geschäft, sondern ein analoger Innominatcontract; §. 1. J. 3. 24. — l. 22.

D. 19. 5., Schilling a. a. O. Bd. III. §. 303., vergl. oben Kap. IX. §. 280. zu Fr. 8.

Zu 4 b) Die stillschweigende Erneuerung des Dienstvertrags versteht sich immer mit Rücksicht auf die sofort eintretenden ortsüblichen Kündigungsfristen; Glück Thl. XVII S. 294., Schilling a. a. O. §. 310. Anm. e.

Zu 4 c) Durch den Tod des Dienstberechtigten wird weder für die operarum, noch für die operis locatio das Ende herbeigeführt; l. 19. §. 8. D. 19. 2. — arg. §. 6. J. 3. 25. — l. 10. C. 4. 65. Hiervon scheint auch nicht, wie Haase Comm. de opere locato et conducto. Lips. 1814. cap. 1. §. 5. dafür hält, in dem Falle, wenn der Besteller etwas dabei nach seinem Ermessen vorbehalten hat, eine Ausnahme stattzufinden, denn es kommt dann doch am Ende auf arbitrium boni viri an; Schilling a. a. O. §. 310. Anm. i. Durch den Tod des Dienstpflichtigen wird für die operarum locatio das Ende herbeigeführt, l. 26. §. 12. D. 12. 6. aber nicht für die operis locatio, arg. l. 13. l. 15. C. 8. 38., es wäre denn im Sinne des Vertrags die Persönlichkeit des Conductors als wesentlich beabsichtet wahrzunehmen; l. 31. D. 46. 3. — l. un. §. 9. C. 6. 51. Geht nun die operis locatio auf die Erben des Conductors über, so sind sie zur Vollendung des Werks, wegen Untheilbarkeit desselben, l. 72. pr. l. 85. §. 2. D. 45. 1., in solidum verpflichtet, l. 2. §. 2. D. 45. 1. — l. 80. §. 1. D. 35. 2. — l. 192. pr. D. 50. 17., dagegen zur Leistung des Interesse jeder von ihnen nur pro rata verbunden ist.

Von der Regel: daß bei Accordbauten vor Vollendung des ganzen Werks der redemptor operis weder zur Approbation, noch zur Zahlung der Accordsumme angehalten werden könne, findet eine Ausnahme statt, wenn über einen Theil des Werks besondere Bestimmungen getroffen sind, nicht ausdrücklich die Zahlung von Beendigung des ganzen Werks abhängig gemacht ist und jener Theil ein Ganzes für sich im Sinne der l. 80. §. 1. D. 35. 2. bildet; s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1844. S. 114.

Habe ich Jemandes Dienste unter der Bedingung, daß er in meinem Dienste brauchbar befunden werde, gemiethet, so ist mein Ermessen und subjectives Urtheil entscheidend; ebendas. 1852. S. 65.

Zu 4 d) [Der Dienstherr verzichtet solchenfalls für die Zukunft zwar auf die Dienste des Entlassenen; allein hieraus folgt nichts für das Recht des Letzteren, die sofortige ungekürzte Auszahlung des gesammten für den Zeitraum von der Entlassung bis zum Ablaufe der vertragsmäßigen Dienstzeit zu berechnenden Lohnes zu fordern. Denn

Niemand kann den Ersatz eines Schadens fordern, der noch nicht eingetreten ist. Auch kann der Schuldner nicht gezwungen werden, eine erst in Zukunft fällige Zahlung unter Abzug des Interusurium vor der Zeit zu leisten. Die Verurtheilung ist daher auf die Zahlung des Lohnes zu den contractlichen Terminen zu beschränken, indem demselben namentlich auch die Möglichkeit bleibt, vor der Zahlung der erst in Zukunft fälligen Raten gegen das Judicat die Vertheidigung geltend zu machen, welche für ihn in späterer Zeit etwa durch den Tod des locator operarum oder durch dessen anderweite Vermiethung entstanden ist. So erkannte das O.-A.-G. zu Rostock; s. Buchka-Budde Entscheid. des Mecklenb. O.-A.-G. Bd. IV. S. 201 ff.]

Zu 4e) [Daß eine Person sich auf Lebenszeit einer anderen zu Dienstleistungen obligatorisch adstringiren könne, widerspricht wohl der Röm. Auffassung der obligatio. Anders im deutschen Recht. Demgemäß erkannte das O.-A.-G. zu Jena eine Klage für begründet, worin Kläger anführte, daß ihm vom Beklagten in dessen neu errichtetem Buntledergeschäft Arbeit hinlänglich für den Unterhalt der Familie und auf Lebenszeit zugesichert worden sey, und nun auf Gewährung dieser Arbeitsgelegenheit, event. eines jährlichen zum Unterhalt nöthigen Geldbetrags klagte. Thür. Blätter f. Rechtspfl. Bd. VII. S. 244 ff.]

Vom Frachtvertrag.

Zu 5) Schaden, welcher durch Ungewitter, Wolkenbruch, grundlose Straßen, tiefen Schnee, Einsturz der Brücken entsteht, hat der Fuhrmann nicht zu vertreten, wenn er beweist, alle Vorsicht angewendet und keine Mühe gescheut zu haben; Bender Handelsr. §. 70. [A. D. H.-G.-B. Art. 395. 397.] Für einfachen Diebstahl muß er ohne Zweifel haften, da er omnem culpam, diligentiam et custodiam zu präſtiren hat; aber zu weit ist es doch wohl gegangen, wenn man in Frankreich nach einigen Arrêts den Diebstahl mit bewaffneter Hand vielmehr zur vis major zu zählen Bedenken trägt; Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. S. 699. Indessen begegnet man auch bei deutschen Rechtsgelehrten größerer Strenge. So behauptet z. B. Pöhls Handelsr. Bd. I. §. 68. S. 145., daß der Fuhrmann unbedingt für die ihm anvertrauten Güter aufkommen müsse, selbst wenn ihm keine Fahrlässigkeit nachgewiesen werden kann. Freilich braucht der Herr des Guts ihm eine solche nicht zu beweisen; aber sollte ihm der Beweis eines ganz unverschuldeten Unglücks nichts helfen? Dieses hängt mit der Streitfrage zusammen, ob gegen den Fuhrmann act. de

recepto stattfinde, wie Mehrere deswegen dafür halten, weil aurigae den im Gesetz benannten nautis gleich zu achten seyen, Cocceji J. C. Lib. IV. tit. 9. qu. 3., Pöhls a. a. O., wogegen sich jedoch die meisten Rechtsgelehrten mit gutem Grunde erklären, weil zwischen beiden Verhältnissen eine unverkennbar bedeutende Verschiedenheit obwaltet; Struben rechtl. Bed. Thl. I. Bed. 71., Harpprecht vom R. d. Fuhrleute S. 19., vergl. das folgende Kap. XIV. Fr. 1. Mehreres hierüber s. Zangen Erörter. der Frage: was für eine Klage gegen den Fuhrmann stattfinde, welchem die zum Transport bedungenen Waaren weggekommen sind. Der Absender der Waaren oder sein Commissionär ist, wenn die Lieferung der Waaren durch Schuld oder Versäumniß des Schiffers oder des Fuhrmanns verspätet worden ist, nur für culpa in eligendo verantwortlich; v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 107., Erk. d. O.-A.-G. zu Lübeck in der Hamburg. Samml. I. 1. S. 108.; vergl. auch Goldschmidt in s. Zeitschr. III. S. 362.

Zu 6) Durch die bedungene Conventionalstrafe wird der Anspruch auf Entschädigung, insofern der Schade sich höher beläuft, nicht für ausgeschlossen erachtet; Bender a. a. O. S. 162., Mittermaier a. a. O. [A. D. H.-G.-B. Art. 398.]

Zu 7) Man kann dies nicht so ganz unbedingt, wie Bender a. a. O. S. 166., behaupten, wohl aber als Regel, welche indessen eine Ausnahme leidet, wenn die Beschädigung der Waare nicht sogleich erkannt werden konnte, oder ein dolus des Fuhrmanns erweislich ist, oder der Empfänger sich sogleich Rechte wegen Mängeln der Lieferung vorbehielt; Mittermaier a. a. O. Bd. II. S. 700., Pöhls a. a. O. §. 69. S. 108. [A. D. H.-G.-B. Art. 408.]

Zu 8) Gegen die bejahende Entscheidung dieser Frage werden zwar hier und da Zweifel erhoben, Goetz rechtl. Entscheid. der jurid. Facultät zu Altdorf S. 64., aber in der allgemeinen Handelsgewohnheit ist sie allerdings begründet, und sie wird sich auch nach der Theorie des gemeinen Rechts rechtfertigen lassen. Der Empfänger der Waare ist nämlich der eigentliche Schuldner der Spesen, denn die Waare ging auf seine Rechnung und Gefahr, da der Kaufvertrag schon durch den Contractsabschluß perfect wird. Der Fuhrmann kann sich daher auch nur an den Empfänger halten, indem er den Frachtlohn nicht eher fordern kann, als nach richtiger und gut beschaffener Ablieferung der Waare, aber creditiren kann er diesem nur auf eigene Gefahr. Der Frachtbrief, welcher die Vertragsurkunde vorstellt, verbindet ihn nach dem gewöhnlichen ausdrücklichen Inhalt, die Waare gegen Empfang

des Frachtlohns und der Spesen abzuliefern. Man kann nicht, wie Goez a. a. O. behauptet, sagen, dies sey ein bloßer Eincassirungsauftrag, eine bloße Assignation, welche ihn nicht absolut verbinde, dem Empfänger die Waare vorzuenthalten, wenn dieser die Spesenzahlung verweigert, oder es sey nur ein unentgeltlicher Nebenauftrag. Der allgemein unter Kaufleuten wohlverstandene Sinn der im Frachtbriefe enthaltenen Vorschrift ist vielmehr der, daß die Tradition der Waare nur gegen die Spesenzahlung erfolgen soll,*) und nicht creditirt werden dürfe, vielmehr dem Absender oder Spediteur das Retentionsrecht an der Waare salvirt werden müsse. Die Nichtbefolgung der Ordre ist daher dem Fuhrmann zur culpa zu imputiren; Münter das Frachtfahrerrecht S. 223., Pöhls Handelsr. Bd. I. S. 150., Mittermaier a. a. O. S. 700. Obgleich dissentirend, lenkt Bender Handelsr. §. 73. in der Anmerk. am Ende doch ziemlich auf unsere Meinung ein, indem er an das alte Sprichwort: „der Fuhrmann hält sich an das Gut," anknüpft: „reicht er damit überall nicht aus, so hält er sich an den Absender." Daran wird freilich Niemand zweifeln, aber daraus folgt vielmehr, daß er nicht zu entschuldigen sey, wenn er das Gut ohne Noth fahren läßt. Der Fuhrmann darf nicht nur das Retentionsrecht ausüben, sondern er ist auch verbunden, die Waaren nicht in das Eigenthum des Addressaten übergehen zu lassen, ohne daß die darauf lastenden Spesen abgelöst sind, vielmehr bis dahin die Waaren in sichere Verwahrung zu bringen; vergl. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 392. Damit stimmt der Handelsgebrauch überein, welcher dem Schiffer verstattet, bei Ankunft der Waare, wenn deren Annahme oder die Bezahlung des Frachtlohns ohne rechtlichen Grund vom Addressaten verweigert wird, sie gerichtlich zu deponiren, und so viel, als zur Bezahlung der Fracht erforderlich ist, verkaufen zu lassen; v. Martens Handelsr. §. 178. [A. D. H.-G.-B. Art. 406. 412.]

Zu 9) Nimmt ein Fuhrmann etwas gegen ein Ausfuhrgesetz in Verladung, so soll er, wie Münter Frachtfahrerr. S. 225. dafür hält, keinen Regreß haben, indem er schuldig sey, die Gesetze des Staats, in welchem er Ladung aufnimmt, zu kennen. Allein dies läßt sich wenigstens dann nicht behaupten, wenn der Fuhrmann ein

*) Deshalb möchte auch nicht beizustimmen seyn, wenn in Geiger und Glück's Rechtsfällen Bd. III. no. 39. die Meinung aufgestellt wird: der Absender müßte dem Fuhrmann noch besonders ausdrücklich aufgegeben haben, die Waare nicht anders als gegen Empfang der Spesen an den Addressaten zu verabfolgen.

Fremder ist. Es würde sonst eine ganz verkehrte Folge entstehen, wenn der Fuhrmann, welcher der Redlichkeit und Sachkenntniß des Befrachters, der die Gesetze seines Landes kennen muß, lediglich vertraute, in Schaden versetzt, dagegen der Befrachter von der wissentlich eingegangenen Frachtschuld liberirt werden sollte. Im Gegentheil muß nach den Gesetzen mehrerer Länder dem Fuhrmann volle Fracht entrichtet und für den Aufenthalt Entschädigung geleistet werden, wenn der Befrachter verbotene Güter ladet, oder bei der Ladung die Zollgesetze überschreitet, und dadurch Confiscation und Verhinderung der Reise eintritt; Marquard de jure mercatorum. Lib. II. cap. 10. no. 32., Heise und Cropp jurist. Abhandl. Bd. II. S. 616. Anm. 3. Kommt der Fuhrmann in den Fall, angehalten zu werden in einem Lande, wo die Durchfuhr oder die Einfuhr verboten ist, so wußten entweder Beide, der Absender und der Fuhrmann, das Verbot, dann fällt der Regreß allerdings weg, oder Einer von ihnen kannte es, der Andere aber nicht, dann verbindet das bösliche oder wenigstens höchst culpose Verschweigen zur Indemnisation. Kannten Beide das Verbot nicht, so muß Jeder den Schaden tragen, der zunächst ihn trifft. Wurde das Verbot erst promulgirt, während das Gut schon unterwegs war, und der Fuhrmann erfährt es zu spät, um noch anhalten und Verhaltungsbefehle einholen zu können, so ist der Schade als ein zufälliger anzusehen, und es gebührt dem Fuhrmann sein Frachtlohn nicht desto minder; l. 61. §. 1. D. 19. 2., Münter a. a. O. S. 225.

Kapitel XIII.

Contractus emphyteuticarius.

§. 301.

Nachdem hierüber das Wesentlichste bereits im Bd. II. §. 122. angedeutet worden ist, so scheint in Betracht, daß fast in allen Ländern die Emphyteuse auf eine von dem römischen Recht abweichende Art sich ausgebildet, und bei den verschiedenen deutschen Völkerstämmen wiederum in mancherlei Variationen sich gestaltet hat, ein specielles

Eingehen außer den auf den gemeinrechtlichen Boden beschränkten Grenzen dieses Werks zu liegen.

Wir lassen sofort den vielfachen Streit über die Natur der Rechte des Emphyteuta, Thibaut civilist. Abhandl. no. 11., bei Seite, indem es uns im Allgemeinen unzweifelhaft scheint, daß die Rechte eines Erbzinsmanns nach den Grundsätzen von dem dominium utile beurtheilt werden müssen; Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 487. Gegen die von Cocceji J. C. Lib. VI. tit. 3. qu. 3. u. Walch Controv. j. c. pag. 644. §. 2. aufgestellte Meinung, als könnten praedia urbana gar nicht Gegenstand einer Emphyteuse seyn, ist auf Nov. 7. c. 3. §. 2. si emphyteuta praedium aut suburbanum aut aedificium deterius fecerit, und außer den bei Walch l. c. selbst für das Gegentheil angeführten Autoritäten auch auf Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 362., Thibaut Syst. §. 630. Anm. l. m., v. Wening-Ingenheim Lehrb. §. 157. Anm. c., Seuffert Pand. §. 184. Anm. 3., Gesterding Lehre vom Eigenth. S. 412. u. A. m. zu verweisen. Mehreres über die ganze Materie s. Sommer Darstell. der Rechtsverh. der Bauerngüter — Buri v. d. Bauerngütern — Weiske Rechtslex. Th. I. S. 621. Ueber die Unterschiede zwischen der Emphyteusis und Superficies s. vorzüglich v. Buchholtz jurist. Abhandl. no. 25., Ebenderselbe in den Versuchen über einzelne Theile der Theorie des h. R. R. no. 18. führt gegen Mackeldey Lehrb. §. 297. Anm. b. aus, daß keineswegs immer dem abtretenden Emphyteuta der Anspruch wegen gemachter Meliorationen zu versagen sey, sondern nur wenn er ihn zur Strafe verwirkt hat, l. 2. C. 4. 66. — Nov. 7. c. 3. §. 2. Nov. 120. c. 8., außerdem aber dessen Auslagen, insofern sie nicht blos auf bereits separirte Früchte gemacht sind, sondern eine Werthserhöhung des Guts selbst bewirkt haben, ihm beim Rückfall desselben an den Eigenthümer von diesem zu vergüten sind.

Kapitel XIV.

Receptum der nautae, caupones und stabularii.

§. 302.

Dig. IV. 9. nautae, caupones, stabularii, ut recepta restituant. XLVII. 5. furti adversus nautas, caupones, stabularios.*) Inst. IV. 5. §. 3.

1) Sind die strengen römischen Rechtsvorschriften auch auf öffentliche Post- und Boten-Anstalten, auf öffentliche Niederlagen, endlich auch auf bloße Fuhrleute anwendbar?

1a) [Oder auf Wirthe, welche andere Gäste, als Reisende, aufnehmen?]

2) Wenn ein der Post aufgegebenes Packet mehrere von verschiedenen Postmeistern verwaltete Poststationen durchlaufen hat, wird der Postmeister, bei welchem es aufgegeben worden ist, von der Klage wegen Verlusts durch den Beweis, daß es nicht auf seiner Station verloren wurde, liberirt?

3) Darf ein Gastwirth Reisende ohne nothwendige Ursachen abweisen?

4) Haftet der Gastwirth auch für Effecten, welche von seinen Kindern in Empfang genommen werden?

5) Wird nicht durch Uebergabe des Schlüssels zu der dem Gast eingeräumten Stube auch die Verbindlichkeit, für die Sicherheit der darin aufgenommenen Sachen zu sorgen, auf den Gast übertragen?

---

*) Die actio in factum quasi ex delicto hat wohl h. z. T. nicht, wie Zimmern über Noxalklagen S. 291. und Andere behaupten, einen praktischen Werth; Glück Thl. VI. S. 140., Braun Erörter. zu Thibaut §. 912. Die heutige Anwendbarkeit der römischen actio de recepto ist zwar von Mehreren (s. die Citate in Glück a. a. O. S. 111. Anm. 21.), aber ohne hinlänglichen Grund bezweifelt worden, und ist vielmehr durch den Gerichtsbrauch bestätigt; Glück a. a. O., Höpfner Institt. §. 1084. Anm. 3., Pufendorf Obs. jur. univ. T. IV. obs. 150. §. 3., Leyser Sp. 66. med. 1 u. 2., Stryck Us. mod. Pand. Lib. IV. tit. 6. §. 1., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 359., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 648., Weber Versuche üb. d. Civilr. Bd. I. S. 18., vgl. Wolters über die actio de recepto. Hamburg 1804., Goldschmidt in s. Zeitschr. f. Handelsr. III. S. 341.

6) Muß der Wirth auch für Schaden stehen, welcher nicht blos von seinen Leuten, sondern auch von anderen Passagieren einem Gast widerfahren ist?

7) Inwieweit kann der Gast über den Inhalt und Werth abhanden gekommener Effecten gegen den Wirth zum Eid gelassen werden?

8) Haftet der Wirth auf gleiche Weise, wenn ihm von Obrigkeitswegen Einquartierung eingelegt wird?

9) Wenn mehrere Personen die Wirthschaft oder die Schifffahrt gemeinschaftlich betreiben, haften sie dann in solidum?

10) Ist der Wirth auch für den Schaden und Verlust verantwortlich, welcher dem Gast in Folge eines im Nachbarhause entstandenen Brandes an seinen Sachen zugestoßen ist?

11) Kann der Gastwirth oder Schiffer die strenge Verantwortlichkeit, welche ihm das Gesetz auflegt, durch eine im Voraus gegebene Erklärung, für die eingebrachten Sachen keine Verantwortlichkeit auf sich nehmen zu wollen, von sich abwenden?

12) Findet die Verantwortlichkeit des Wirths auch gegen eine von ihm unentgeltlich aufgenommene Person statt?

13) Auch dann, wenn der Gastwirth oder Schiffer eine unselbständige Person ist?

14) Geht die Klage activ und passiv auch auf die Erben über?

15) Muß der Gastwirth für Gelder und werthvolle Effecten auch dann haften, wenn sie ihm vom Reisenden nicht angezeigt worden sind?

Zu 1) Was zuvörderst Privat-Fuhrleute betrifft, so ist es a) ganz unrichtig, wenn Feust in den Bl. f. Rechtsanw. von Seuffert und Glück Bd. VII. S. 387. sagt: „Jetzt ist man so ziemlich darüber einig, gegen Frachtfahrer wegen der denselben zum Transport übergebenen Frachtgüter eine act. de recepto utilis zuzulassen.“ Diese Meinung hat vielmehr kaum einige Anhänger, z. B. Seuffert Pand. §. 405., Cocceji jus controv. Lib. IV. tit. 9. qu. 3., Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. §. 431.*), ganz falsch wird dafür Thibaut System

*) Theilweise vielleicht Puchta Pand. §. 314.: „Die Anwendung auf Landfuhrwerk ist zulässig, soweit es als Gewerb zur Beförderung von Personen betrieben wird;“ hier ist aber wohl nur eigens concessionirtes Landfuhrwerk gemeint.

§. 913. angeführt, denn er lehrt gerade das Gegentheil, s. auch §. 572. der 8ten, und §. 502. der 9ten Ausg. Man kann auch eine Analogie zwischen Schiffern und Fuhrleuten nicht zur Rechtfertigung der vermeinten Ausdehnung einer ganz singulären Rechtssatzung begründen, denn wenn durch l. 1. §. 4. D. 4. 9. auch Kahn- und Floßfahrer einbegriffen wurden, so folgt daraus nichts für Landfuhrleute, welche nicht so leicht, wie jene, die anvertrauten Güter in Obacht behalten können, da sie weder Wasser umgibt, noch ihr Raum jederzeit verschließbar ist. Es ist daher opinio communis, und der l. 25. §. 7. D. 19. 2. gemäß, daß gegen Privatfuhrleute nur act. locati conducti geklagt werden könne, welche sie nicht für casus, sondern nur für culpa haftbar macht; Eichhorn deutsch. Privatr. §. 392., Höpfner Instit. §. 1084. Anm. 3., Struben rechtl. Bed. Thl. I. no. 71., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. IV. tit. 9. §. 34., Harpprecht Diss. acad. Vol. I. no. 17., Desselben Recht der Fuhrleute §. 16., Münter das Frachtfahrerrecht S. 74., v. Zangen üb. d. Frage: was für eine Klage wider einen Fuhrmann stattfinde, welchem die zum Transport bedungenen Sachen weggekommen. Gießen 1798., Glück Thl. VI. S. 133., Emminghaus ad Coccejum Lib. IV. tit. 9. qu. 3., Walch Controv. j. c. pag. 744. §. 36., Schröter vermischte Abhandl. Bd. I. S. 281., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 601. S. 523., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 4034., Buddeus in Weiske's Rechtslex. Bd. IV. S. 429., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 120. Anm. 1., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 648. Man kann daher wohl mit Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 733. behaupten: „bei gewöhnlichen Frachtfuhrleuten ist nicht einmal der Gerichtsgebrauch für die von Manchen auch hier behauptete Ausdehnung." [Hiermit stimmen überein Goldschmidt in s. Zeitschr. f. Handelsr. III. S. 356—361. u. Harder in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. XVIII. S. 232. Vergl. dazu H.-G.-B. Art. 400.]

b) Unstreitig findet nach heutigem Recht gegen die Postanstalt die volle Strenge der Verbindlichkeit ex recepto statt,*) welche

*) Nur wenige Autoritäten findet man für das Gegentheil, namentlich Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 4034., Harpprecht Diss. acad. Vol. I. no. 17. pag. 564., Carpzov Jurispr. for. P. II. const. 26. def. 19.

aber wohl mehr aus dem Gesichtspunkt einer Versicherung zu betrachten seyn wird, für welche die Postanstalten sich gut bezahlen lassen, indem sie gewöhnlich nicht nach dem Gewicht, sondern nach dem Werth die Taxe berechnen. Hiernach allein rechtfertigt sich die Behauptung, daß die Postämter nicht allein für Diebstahl, sondern auch für Raub einstehen müssen, Danz Handb. d. deutsch. Privatr. Bd. I. S. 483., Glück Thl. VI. S. 129., und nur ein ganz unabwendbarer Unfall, z. B. ein durch Blitz entstandener Brand, vom Eigenthümer getragen werden muß. Nach den Grundsätzen des heutigen Rechts hat der Addressat, um gegen die Postanstalt auf Ersatz des ihm bestimmt gewesenen, aber auf der Post verlorenen Packets wirksam klagen zu können, nicht erst nöthig, sich vom Aufgeber actiones cediren zu lassen; s. Erk. d. O.-A.-G. zu Dresden in Seuffert's Archiv Bd. VI. S. 82. — Daß die gemeine Gerichtspraxis die act. de recepto nicht nur auf die Postanstalt, sondern auch auf öffentlich concessionirte Landkutschen und Boten erstreckt, wird sehr allgemein bezeugt, Leyser Sp. 66. med. 3., Wernher Sel. Obs. P. IX. obs. 229. in Supplem., Richter Decis. P. III. dec. 141. no. 15. u. 16., Funkhänel üb. d. Anwendbarkeit der prätor. de recepto actio auf die Ersatzverbindl. der heut. Postanstalten. Glaucha 1836., Glück a. a. O. S. 128., Unterholzner a. a. O. S. 733., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. S. 175., Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 6. §. 8. not. 3., Thibaut a. a. O., Emminghaus ad Cocceji Lib. IV. tit. 9. qu. 3., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 383. (§. 339.), Beseler deut. Privatr. III. S. 352. 355., Bluntschli Privatr. §. 130.

Es fehlt nicht an Autoritäten für die Ausdehnung der act. de recepto auf öffentliche Niederlagen, Kaufhäuser und Packhöfe, s. Marquard de jure mercatorum Lib. II. Cap. 6. no. 40., und in Hagemann prakt. Erörter. Bd. VI. S. 213. wird sogar ein oberappellationsgerichtliches Erkenntniß dafür angeführt. Diese Meinung stützt sich darauf, daß diese Niederlegungen unwillkürlich und nur — wie bei Postanstalten vermöge eines jus exclusivum — hier zufolge obrigkeitlicher Anordnungen geschehen, mithin der Grund einzutreten scheint, auf welchen l. 1. §. 1. D. 4. 9. vorzügliches Gewicht legt: Necesse enim est, plerumque eorum fidem sequi, et res eorum custodiae committere.

Allein ein einzelnes zutreffendes Motiv des Edicts, welches sich noch auf ganz andere Voraussetzungen gründet, kann wohl nicht entscheiden, und die Bedenken gegen jede Ausdehnung einer singulären Vorschrift bestimmen uns mehr für Leysers Meinung: Qui viatores et res eorum suscipit, si cauponariam non exercet, *actione depositi*, non de receptis conveniendus est. Culpam tamen levem praestat, si pecuniam pro receptione accipit. Sp. 176. med. 8 u. 9., s. auch Popp ausgewählte Rechtsfälle, entschieden bei dem Appellationsgericht d. Reichsstadt Nürnberg Bd. I. S. 117., vergl. Preuß. Allgem. Landr. Th. 1. Tit. 14. §. 9 u. 17.

[Gegen die Anwendung auf die Postanstalten hat sich erklärt Müller Ueb. die de recepto actio und deren analoge Ausdehnung auf die Postanstalten, 2. Aufl. (1857.) S. 65—68. Goldschmidt in s. Zeitschr. f. Handelsr. III. S. 352. führt aus, daß weder innere Gründe, noch ein Gewohnheitsrecht für Ausdehnung der röm. actio auf den Landfrachtverkehr sprächen. „Unter den Schriftstellern und in der Praxis war die Frage von jeher controvers, so zwar daß die überwiegende Mehrzahl sich jederzeit gegen die Ausdehnung aussprach, und selbst unter den Vertheidigern der analogen Ausdehnung haben nur sehr wenige die Ausdehnung auf alle Fälle des Landtransports vertheidigt: häufiger auf den Verkehr der Posten und Landkutscher.“ Gegen jede Ausdehnung sind Linde in s. Zeitschr. N. F. XVI. S. 187 ff., Heise's Handelsr. S. 79., Koch Eisenbahnen Deutschlands Bd. II. §. 6. 23., Harder in Linde's Zeitschr. XVIII. S. 232. — Goldschmidt a. a. O. S. 362. fügt hinzu: „Was insbesondere den Post- und Eisenbahnverkehr anlangt, so gelten für diesen freilich in manchen Beziehungen strengere Normen als für den gewöhnlichen Landfrachtvertrag, allein nicht etwa wegen dessen Beurtheilung nach den Grundsätzen des receptum, sondern nur infolge eines für diese großen Institute theils gewohnheitsrechtlich, theils durch autonomische Satzungen ausgebildeten Sonderrechts.“ Vergl. dazu A. D. H.-G.-B. Art. 421.]

Zu 1 a) [Mit Recht leitet Harder in Linde's Zeitschr. XVIII. S. 228. daraus, daß das Prätorische Edict nur von viatoreo spricht, den Satz ab, daß ein Gastwirth für die bei ihm abgelegten Sachen seiner heimischen Gäste oder der Mitglieder einer Gesellschaft, die sich in seinen Räumen zu einem Gastmahle, zu einer musikalischen Unterhaltung, zu einem Balle versammelt, nicht nach den Grundsätzen des receptum hafte. Das Edict wollte den Verkehr begünstigen, indem es die Reisenden gegen Unrechtfertigkeiten von Leuten schützte, denen

sie sich, ohne sie zu kennen, anvertrauen mußten. Diese Rücksichten fallen denen gegenüber weg, welche mit dem Wirthe an demselben Orte sich aufhalten; sie kennen ihren Mann und sind auch nicht nothwendig auf ihn angewiesen. Hiermit stimmt Müller Ueb. d. de recepto actio 2. Aufl. S. 2. überein, indem er bemerkt, daß das Edict nur von Gastwirthen, nicht auch von bloßen Schänk- und Speisewirthen handle; s. auch Wolters Ueb. d. actio de recepto §. 7., Schweppe Privatr. §. 601., Buddeus im Rechtslexikon Bd. IV. S. 446., Seuffert's Archiv II. no. 293. und Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1841. S. 2 ff. Vergl. dazu unten zu Fr. 8.]

Zu 2) Leyser Sp. 66. med. 6. bejaht zwar diese Frage, allein das von ihm angeführte Gesetz l. 1. §. 43. D. 16. 3. paßt durchaus nicht, indem es blos von dem Fall spricht, wenn Jemand zugleich bei mehreren Personen eine Sache deponirt. Sofern nicht in einer Postordnung etwas Anderes bestimmt ist, muß man vielmehr mit Glück Thl. VI. S. 130., Thibaut System §. 572. (Ed. 8.), Pütter auserlesene Rechtsfälle Bd. I. Th. 4. D. 142. no. 14., Schmidt hinterl. Abhandl. prakt. Rechtsmaterien Bd. II. S. 238. annehmen, daß der erste Postmeister vorbehältlich seines Regresses an die nachfolgenden haften müsse, welche zwar ihm, aber nicht dem Aufgeber verbindlich und klagbar geworden sind, l. 4. §. 1. D. 4. 9. Indessen, wenn Reisende Gepäck bei sich führen, ist der Postmeister nur bis zu der Station, bis zu welcher er sie übernommen, haftbar, und der Reisende kommt dann mit dem folgenden Postmeister in ein unmittelbares Vertragsverhältniß. — Ein ähnliches Verhältniß kommt wohl auch bei Frachtfuhrleuten vor, daß die Waare erst durch mehrere Hände an den entfernten Bestimmungsort gelangt. Der Empfänger der Waare, für dessen Rechnung und Gefahr sie geladen war, hat es da natürlich nur mit dem Fuhrmann zu thun, welcher ihm abliefert,*) und zwar act. locati conducti; nimmt er nun aber die Waare nicht an, und der Absender wird dadurch zur Klage genöthigt, so kann dieser nur denjenigen Fuhrmann belangen, welchem er die Waare aufgegeben hat.

Zu 3) Diese Controversfrage ist durch anscheinenden Widerspruch zweier Gesetzstellen entstanden. In l. 1. §. 1. D. 4. 9. heißt es nämlich: Est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant, dagegen in l. un. §. ult. D. 47. 5.: Eligere caupo vel stabularius non videtur nec

*) Dies ist daher mit Recht Handels-Usance; Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. VII. S. 387. Anderer Meinung ist Feust a. a. O.

repellere potest inter agentes. v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 648. findet darin keinen Widerspruch, indem er das non potest dahin erklärt, das repellere könne er füglich nicht thun, nämlich weil es sich mit seinem Gewerbe nicht wohl vereinbaren lasse, aber daraus folgt nicht ein rechtliches Nichtkönnen; Glück Thl. VI. S. 112. Anm. 22. folgt hingegen der Glosse, welche die l. 1. §. 1. cit.: Est in ipsorum arbitrio etc., in dem Sinn nimmt: es stand von Anfang her in seiner Willkür, ob er mit der Aufnahme von Gästen ein Gewerbe treiben wolle; hat er es aber einmal erwählt, so kann er auch nicht die Gäste nach Belieben wählen oder zurückweisen. Weitläufig findet man diese Streitfrage erörtert von Guyet im civilist. Archiv Bd. XVII. S. 41., v. Madai in Linde's Zeitschr. Bd. XVIII. S. 376., Kämmerer Obs. jur. civ. cap. 2. pag. 117., Huschke in der Tübinger Zeitschr. Bd. III. S. 23., v. Schröter in Schunk's Jahrb. Bd. XI. S. 3., Mühlenbruch in der Uebersicht der civilist. Literatur in der Halleschen Liter. Zeitg. 1835. no. 74. Sp. 588. [Emmerich in Linde's Zeitschr. XVIII. S. 120. u. Harder ebendas. S. 229.] — H. z. T. wird, wenn eine Beschwerde dieser Art vorkäme, dieselbe in das Gebiet der Gewerbspolizei einschlagen, s. v. Madai a. a. O. [Vergl. Kuntze in Schletter's Jahrbb. VII. S. 325.]

Zu 4) Der Gastwirth haftet nur für diejenigen Subjecte, welche zur Aufnahme und Bewirthuug der Fremden bestimmt sind (Kellner, Hausknechte), welche den Reisenden den Platz für deren Personen, Wagen und Sachen anweisen, nicht aber für jeden Diener, und folglich auch nicht, wenn von den Kindern des Wirths — welche dazu nicht bestimmt sind — etwas in Empfang genommen worden wäre; Glück a. a. O. S. 114. und die in Anm. 30. citirten Autoren, Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 359., Unterholzner a. a. O. S. 735. Beim Schiffer verhält es sich so, daß es genügt, die Effecten auf das Schiff gebracht zu haben; l. 1. §. 8. D. 4. 9.

Zu 5) Die bloße Uebergabe der Zimmerschlüssel an den Fremden verändert die Verbindlichkeit des Wirths keineswegs, wie Voet Comm. ad Pand. Lib. IV. Tit. 9. §. 7. behauptet, sondern der Fremde, welchem verschließbare Räume angewiesen werden, kann nur dann seines Anspruches an den Wirth verlustig werden, wenn er sein Zimmer verläßt, ohne es zu verschließen; s. Unterholzner a. a. O. S. 735., Schmidt hinterl. Abhandl. Bd. II. no. 96. §. 2., v. Hartitzsch Entscheid. no. 195., Bucher R. d. Ford. §. 163. Anm. 12., Glück Thl. VI. S. 115. Der Wirth ist nämlich alsdann nicht verantwortlich, wenn derselbe beweisen kann, daß der Gast selbst an dem Ver-

lust oder der Beschädigung seiner Sachen schuld sey; Höpfner Inst. §. 1084.

Zu 6) Nur schlechthin unabwendbare Ereignisse befreien den Gastwirth von Verantwortung; als ein solches kann aber nicht angesehen werden, was von den im Wirthshaus beschäftigten Leuten oder von aufgenommenen anderen Passagieren herrührt, l. 1. §. 8. D. 4. 9. Glück a. a. O. S. 117., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 734. Sogar wenn sich der Gastwirth des eigenen Bedienten seines Gastes bedient, wird er für Schaden, welchen jener seinem Herrn in diesem Dienste zugefügt hat, verantwortlich; l. 6. §. 1. D. 4. 9., Glück a. a. O.

Zu 7) In Praxi wird der Gast nach dem Zeugniß vieler Schriftsteller alsdann ohne Weiteres zum Eid (juramentum quasi Zenonianum) admittirt, wenn derselbe einen dem Wirth verschlossen übergebenen Koffer geöffnet von demselben zurückerhält; Leyser Sp. 66. med. 9. Mevii Dec. P. IX. dec. 55., Voet Comm. ad Pand. Lib. IV. tit. 9. §. 8., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 359., indem man da ein dolus des Wirths vermuthet. Da aber das Vergehen leicht von einem Andern als dem Wirth begangen seyn kann, so würde, um ihn selbst in dolum zu versetzen, doch wohl noch weiterer Beweis erfordert, daher Glück a. a. O. und Braun zu Thibaut §. 912. nicht sofort schon dem juramentum in litem, sondern nur dem Ergänzungseid nach erbrachtem halben Beweis des erlittenen Schadens, besonders, wenn es sich nur noch um die Quantität handelt, stattgeben. Es macht übrigens in Ansehung der Haftungsverbindlichkeit des Wirths keinen Unterschied, ob die hereingebrachten Sachen dem Gast eigenthümlich gehören, oder ob er sie nur für Andere mitgenommen hat; l. 1. §. 7. D. 4. 9.

Zu 8) Die strenge Haftung der Wirthe tritt bekanntlich dann nicht ein, wenn der Wirth nur, wie jeder andere Hausbesitzer, Zimmer, mit oder ohne Einrichtung und Aufwartung, nicht aber auch mit Verköstigung u. dgl., vermiethet, überhaupt extra negotium handelt;*) l. 3. §. 2. D. 4. 9., Glück Thl. VI. S. 125., Hofacker Princ. jur.

---

*) Nicht extra negotium handelnd und nicht als bloßer Depositär wird aber der Wirth in Ansehung der Sachen betrachtet, welche ihm ein abreisender Gast bis zu seiner bevorstehenden Zurückkunft in Verwahrung läßt; Glück a. a. O. S. 125., Meister prakt. Bemerk. Bd. II. S. 77., Thibaut System §. 571. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle N. F. XI. (1863.) S. 495.

civ. T. III. §. 4032., v. Hartitzsch Entscheid. no. 196. Dies müßte man wohl auch dann sagen, wenn er in Folge der bürgerlichen Quartierpflicht Militairpersonen aufnehmen muß, wenn sie ihm ihr Quartier-Billet vorzeigen. Ein Anderes ist, wenn die Obrigkeit für öffentliche Rechnung gegen eine für Wohnung und Kost bestimmt verabredete Geldsumme einen fremden Offizier dem Wirth zuweist. Dieser hat dann gleiche Rechte mit jedem anderen Gast gegen den Wirth, denn daß die Zahlung für ihn anderswoher geleistet wird, ändert nichts an der Gewerbsausübung von Seiten des Wirths, Hagemann prakt. Erörter. Bd. V. no. 45., v. Rüling Entscheid. d. O.-A.-G.- zu Celle no. 25.

Zu 9) Gegen die Meinung, welche Voet Comm. ad Pand. Lib. IV. tit. 9. §. 2. für die solidarische Verbindlichkeit aufstellt, ist sehr allgemein angenommen: mehrere Schiffer und Gastwirthe haften pro rata, und nur dann in solidum, wenn sie ihr Gewerbe durch einen Stellvertreter besorgen lassen; l. 7. §. 5. D. 4. 9. — l. 4. pr. D. 14. 1., Schilling Lehrb. Bd. III. S. 682., Thibaut Syst. §. 571. (Ed. 8.), Glück Thl. VI. S. 135., Koch a. a. O. S. 832. — cf. l. 7. §. 5. D. 4. 9., Lauterbach Coll. th. pr. Lib. IV. tit. 9. §. 29. Abweichend ist Unterholzner a. a. O. S. 736. Anm. m. „Von Mehreren, die ein Gewerbe zusammen treiben, haftet Jeder nur für die Sachen, die er selbst eingenommen hat, insofern er nicht zugleich als gemeinsamer Gewerbsführer handelte," s. dagegen v. Buchholtz jurist. Abhandl. S. 387. Misc. 20. „Von der Regel, daß mehrere das Geschäft zusammen treibende Schiffer und Gastwirthe nur pro rata haften, ist keine Ausnahme zu statuiren."

Zu 10) Die Worte der l. 3. §. 1. D. 4. 9.: Qui recepit, omnimodo tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit, vel damnum datum est, *nisi si quid damno fatali contingit*, haben zwar verschiedene Auslegungen veranlaßt, indem man damit den bloßen Unglücksfall von der Haftung des Wirths oder Schiffers ausgeschlossen betrachtete, wodurch dann seine Verbindlichkeit auf culpa levissima eingeschränkt schiene, v. Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. I. S. 354., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VIII. Med. 404. Allein da das Gesetz ihn doch für Alles, was ohne seine Schuld, und z. B. auch durch Dritte zum Schaden geschah, verantwortlich macht, so ist die herrschende Meinung, daß er allerdings auch für den Zufall, nur nicht für den ganz unabwendbaren, nicht für eine von außen herkommende Gewalt (vis major*) einstehen

*) l. 3. §. 1. cit. in fine sagt dies deutlich.

müsse. Als solche muß wohl der Fall eines im Nachbarhause entstandenen Brandes, welcher dann auch sein Haus ergriffen hat, betrachtet werden, und er ist da nur insoweit verantwortlich, als der Fremde beweisen kann, daß der Wirth eine Thätigkeit versäumt habe, durch welche seine Sachen noch hätten gerettet werden können; Glück Thl. VI. S. 118. u. 138. Zu den unabwendbaren Unfällen kann man aber nicht einen von Leuten im Hause begangenen Diebstahl oder einen im Wirthshause selbst entstandenen Brand rechnen, sondern nur gewaltsamen Einbruch, Sturm, Ungewitter; Puchta Pand. §. 314., Mackeldey Lehrb. §. 431., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 602., Koch a. a. O. §. 359. Anm. 18. Einen solchen unabwendbaren Unglücksfall müßte demnach der Wirth, um sich von der Verantwortung zu befreien, beweisen; Glück a. a. O., Unterholzner a. a. O. S. 734. Anm. b.

Zu 11) Daß der Wirth durch einen seine Verantwortlichkeit ablehnenden Anschlag an der Zimmerthüre des Gasts nicht auch von der der loc. cond. entsprechenden Verantwortlichkeit frei werde, ist wohl unbestritten; ob er sich aber durch denselben wenigstens von der Strenge der act. de recepto frei machen könne, darüber sind die Meinungen sehr verschieden. Die Einen behaupten, dies könne man nur dann annehmen, wenn die Protestation vor der Aufnahme des Gastes geschehen sey, was jedoch Andere nicht für prakticabel ansehen, Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XVII. S. 193. Andere sagen: der Wirth müsse beweisen, daß der Gast den Anschlag gelesen habe, weil nach l. 7. pr. D. 4. 9. seine stillschweigende Einwilligung nur unter dieser Voraussetzung angenommen werden könne; s. Erk. d. O.-A.-G. zu Dresden im Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1852. no. 15. Dagegen Andere umgekehrt statuiren: der Gast müsse beweisen, daß er den Anschlag nicht gelesen habe, weil das Gegentheil als Regel anzunehmen sey, l. 9. D. 22. 3., wovon sie aber freilich wieder Ausnahmen zugestehen müssen, falls der Reisende bei Nacht einkehrt, oder die Sprache des Anschlags nicht versteht. Eine vierte Meinung geht dahin: der Zimmeranschlag dürfte als eine die Reception begleitende Erklärung angesehen werden, weshalb der Gast protestiren müßte, um nicht als einwilligend angesehen zu werden, s. die oben citirten Bl. f. Rechtsanw. — Unseres Erachtens kann keine Gesetzesanwendung der Art Beifall verdienen, welche auf irgend welche Begünstigung des Wirths hinausläuft, die diesem Gesetz gewiß fremd ist. Das receptum ist durch den Act der Aufnahme des Gastes schon völlig geschlossen, und der Anschlag einer Protestation gegen die gesetzlichen Wirkungen

der Aufnahme kann als einseitige Handlung dem Gast nicht präjudiciren; Sintenis Civilr. Bd. II. §. 120. Anm. 20. S. 701., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 359. u. Goldschmidt in s. Zeitschr. III. S. 336. Hiermit übereinstimmend erfordert auch das Preuß. Landr. Th. II. Tit. 8. §. 448., daß der Wirth sogleich bei der Aufnahme des Gastes erklären müsse, daß er für die eingebrachten Sachen nicht haften wolle.

Zu 12) Unentgeltlichkeit hebt das Wesen des receptum nicht auf, l. 3. §. 1. l. 6. pr. D. 4. 9., dafern nur die Aufnahme vom Wirth in Bezug auf seinen Geschäftsbetrieb geschah; l. 3. §. 2. cit.

Zu 13) In diesem Fall findet gegen den Gewalthabenden actio utilis statt; l. 6. §. 1. l. 7. §. 3. D. 4. 9., Unterholzner a. a. O. S. 736. u. 738.

Zu 14) Darüber, daß sie activ auf die Erben des Beschädigten übergehe, ist nicht zu zweifeln; ob sie aber auch gegen die Erben des Beschädigers stattfinde, darüber sind die Meinungen verschieden. Unterholzner a. a. O. S. 738. lehrt bezüglich der l. 7. §. 6. D. 4. 9., „die Klage geht dem Anspruche, nicht aber der Verpflichtung auf die Erben über" — bezieht aber selbst die angeführte l. 7. §. 1. cit. nur auf die auf das Doppelte gerichtete Klage, daher die rein persecutorische Klage auch gegen die Erben gestattet wird; Leyser Sp. 66. med. 4., Schmidt Lehrb. v. Klagen u. Einreden §. 759., gemäß l. 3. §. 4. D. 4. 9., Unterholzner a. a. O. S. 736.

Zu 15) Da es zur Haftung des Wirths nicht einmal nöthig ist, daß ihm die Sachen besonders überliefert oder zur Verwahrung übergeben werden, sondern der bloße Beweis des Einbringens genügt, l. 1. §. 8. D. 4. 9., so kann um so weniger deren namentliche Angabe und Vorzeigung erfordert werden; Glück Thl. VI. S. 121., Wernher Obs. for. T. II. P. VIII. obs. 320., Leyser Sp. 66. med. 7. Ohne Grund behauptet mit einer unpassenden Beziehung auf lex Rhodia de jactu das Gegentheil Becker Samml. merkwürdiger Rechtsfälle Bd. I. S. 162. Gleichwie der Schiffer für die von ihm zur Verschiffung übernommenen Waaren auch dann haftet, wenn sie noch nicht in das Schiff gebracht, sondern am Ufer zu Grunde gegangen sind, l. 3. pr. D. 4. 9., so ist auch der Wirth den Fuhrleuten für ihre Wagen, welche er vor seinem Hause stehen läßt, weil er sie nicht in seinem Hofe unterbringen kann, haftbar. Daß gewöhnlich der Hausknecht ein Trinkgeld von den Fuhrleuten bekömmt, ändert hieran nichts, den dadurch tritt Jener ebensowenig aus seinem Verhältniß als bloßer Domestik des Wirths heraus, als Kellner u. dgl. für die

Bedienung der Fremden bestimmte Subjecte, welche auch Trinkgelder zu empfangen pflegen; s. Entsch. d. geh. Ob.-Tribunals zu Berlin N. F. Bd. I. S. 370.

Kapitel XV.

Verbindlichkeit zur Vergeltung geleisteter Dienste.

§. 303.

Dig. L. 13. extraord. cogn. L. 14. de proxenetis.

1) Welche Ausnahmen leidet die Regel, daß für geleistete Dienste, ohne Versprechen einer Vergeltung, eine solche nicht, sondern nur Schadloshaltung für gemachten Aufwand gefordert werden könne?
2) Ist dem contr. suffragii h. z. T. noch rechtliche Giltigkeit zuzuschreiben?
3) Können Hauskinder für die ihrem Vater geleisteten Dienste Belohnung rechtlich fordern, ohne daß ihnen eine solche versprochen war? Desgleichen andere Verwandte, z. B. Nichten und Neffen für öconomische Dienste, durch welche dem Empfänger derselben eine Magd oder ein Knecht erspart wurde?
4) Haftet der Dienstleistende für Verschulden?
5) Kann der Mäkler von beiden Theilen Mäklerlohn fordern?

Zu 1) Da kein Gesetz eine Ausnahme feststellt, und da es keine obligatio ex lege für Dienste gibt, welche ohne Versprechen eines Lohns geleistet wurden (Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 372. Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 230., v. Langenn und Kori Erörter. Bd. I. S. 4. — l. 5. §. 2. D. 19. 5.), so kann der Rechtsgrund zu einer Ausnahme nur in einem stillschweigenden Vertrag gefunden werden; l. 22. D. 19. 5. Unstreitig ist ein solcher anzunehmen, wenn man sich Dienste von Personen leisten läßt, welche denselben

vermöge ihres Amts oder Gewerbes oder Berufs — wie z. B. Dienstboten — (Hufnagel Mittheilungen no. 102.) obliegen. Beispielsweise sind anzuführen: Erzieher und Lehrer, welche in Wissenschaften oder gemeinnützigen Kenntnissen Unterricht ertheilen,*) l. 1. pr. D. 50. 13., Respondenten, Puchta Pand. §. 315., Schreibkünstler und Rechnungsverständige, l. 1. §. 6. D. ib., Aerzte,**) l. 1. §. 1.—3. ib., Säugammen und Hebammen, l. 1. §. 14. D. ib., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 548., Rechtsbeistände und Procuratoren, l. 1. §. 10. D. ib.***) — l. 7. D. 17. 1. — l. 1. C. 4. 35., Meßkünstler (mensores), Unterholzner a. a. O. S. 373., Mäkler und Vermittler,†) v. Keller Pand. §. 345. Umgekehrt läßt sich daher behaupten, daß, wenn zur Ausübung einer Wissenschaft oder einer Kunst, oder eines Gewerbes eine besondere Concession von Seite der Regierung gehört, für Dienste, welche ein Nichtconcessionirter geleistet hat, nichts gefordert werden könne, Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 76., Schweppe

---

*) Eine abweichende singuläre Bestimmung enthält zwar l. 1. §. 4. 5. D. 50. 13. in Ansehung derjenigen, welche in der Rechtswissenschaft und Philosophie Unterricht ertheilen, dahin, daß sie sich zwar für ihre Mühe belohnen lassen dürfen, aber keine obrigkeitliche Hilfe zur Geltendmachung ihrer Forderungen in Anspruch nehmen können. Man kann aber wohl mit Unterholzner a. a. O. S. 374. Anm. c. behaupten, daß diese eigenthümliche römische Ansicht h. z. T. keine Geltung haben könne.

**) Diese sollen sich jedoch während der Krankheit nichts vom Patienten versprechen lassen; l. 3. D. 50. 13. — l. 9. C. 10. 52. — Dieses aber auf alle Contracte auszudehnen, welche der Arzt mit seinem Patienten während der Krisis der Krankheit schließt, wie Glück Thl. XVI. S. 153. lehrt, scheint kein hinlänglicher Grund vorhanden; s. Schweppe a. a. O. Bd. III. S. 548. Anm. 4., vgl. oben Kap. IX. §. 280. Fr. 2a. Die Literatur dieser Streitfrage s. Glück a. a. O. Anm. 20. u. 22.

***) Der Anwalt soll sich aber keine Belohnung für den Fall des Gewinnens (palmarium) versprechen lassen, weder in einer bestimmten Summe noch zu einem Gewinnantheil (quota litis). Wird der Betrag der Belohnung hinterher durch einen Vertrag bestimmt, so ist derselbe giltig, gesetzt auch, daß die Belohnung ein palmarium genannt worden ist, l. 1. §. 12. D. 50. 13., oder daß sie in einem Antheil am Gewinn besteht; Unterholzner a. a. O. S. 375. Anm. 5., vgl. R.-G.-O. XLVI. 1. Dep.-Absch. v. 1557. §. 50.

†) Heirathsvermittlern ist es zwar in l. 6. C. 5. 1. untersagt, für ihre Bemühung eine Belohnung anzunehmen, diese Gesetzstelle ist aber nicht glossirt Unterholzner a. a. O. S. 374., und wenngleich bei uns die Ehe in einer religiösen höheren Bedeutung erscheint, so kann daraus doch nicht eine Unzulässigkeit gefolgert werden; Erk. d. O.-A.-G. zu Jena in Emminghaus' Sächs. Pand. S. 570. no. 6.

röm. Privatr. Bd. III. §. 613. S. 549., und ebenso, daß Dienstleistungen, welche nicht in dem Berufskreis dessen liegen, welcher sie gewährt, ohne Bedingung eines Lohns auch keinen Anspruch auf Lohn geben; z. B. wenn ein Pachter seinen Verpachter eine Zeitlang bei sich beherbergt, Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. VII. S. 155., v. Langenn u. Kori Erörterungen Bd. I. S. 5., oder wenn der Pachter auf Verlangen des Verpachters ein landwirthschaftliches Gutachten fertigt, welches nicht gerade sein Pachtverhältniß angeht, v. Hartitzsch Entscheid. no. 255., oder wenn ein Mäkler außer seiner Gewerbssphäre Dienste, z. B. in Ansehung der Vermögensverwaltung, des Hauswesens u. dgl. leistet, Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. I. S. 318. Bd. XI. S. 325., Seuffert's Archiv Bd. II. No. 43. Eine Sammlung von Entscheidungen einzelner Fälle s. Schäffer in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. VII. S. 1. Wir abstrahiren daraus den Satz: die bloße Thatsche geleisteter Dienste begründet eine Klage auf Belohnung in der Regel nicht, sondern ausnahmsweise nur dann, wenn die besondere Eigenschaft des Dienstleistenden den Anspruch auf Lohn von selbst mit sich bringt, indem sie regelmäßig um Lohn verrichtet zu werden pflegen, und Schenkung nicht vermuthet wird. [Vergl. Seuffert's Archiv XII. No. 154.]

Wo Belohnung gefordert werden kann, da richtet sich die Größe entweder nach gesetzlichen Taxen oder Uebung, und in deren Ermangelung wird sie durch vernünftiges Ermessen des Richters bestimmt,*) l. 1. §. 10. D. 50. 13., welcher auch nach Umständen eine Beweisführung über einen herkömmlichen oder durch Sachverständige festzusetzenden Maßstab einzuleiten sich bewogen finden kann; Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. VII. S. 155.

Das bisher Gesagte kann unbedenklich als opinio communis erklärt werden; es ist dagegen nicht einzuwenden, daß Dienstleistungen von was immer für einer Art in die Kategorie der ihrer rechtlichen Natur nach unentgeltlichen Verträge, als negotiorum gestio, manda-

---

*) Nach einigen Gesetzstellen scheint zwar selbst ein versprochenes Honorar nicht gefordert werden zu können, wenn es nicht auch in quanto bestimmt war, salarium incertae pollicitationis neque extra ordinem recte petitur, neque judicio mandati, ut salarium tibi constituat, l. 56. §. 3. D. 17. 1. — l. 17. C. 4. 35., aber diese Stellen sprechen blos vom Bevollmächtigungsvertrag, welcher seiner rechtlichen Natur nach keine Vergeltung zuließ; l. 1. §. 4. D. 17. 1., Pfeiffer a. a. O. S. 151., vgl. oben Kap. VIII. §. 273. Fr. 5.

tum, Niederlegungsvertrag, fallen, wie v. Langenn und Kori Erörter. prakt. Rechtsfragen Bd. I. S. 5. bemerken, denn wir haben aus den vorhin angeführten Gesetzen gesehen, daß sie in den bemerkten Fällen durch eine extraordinaria cognitio den Mangel einer ordentlichen Klage ersetzen, und übereinstimmend spricht sich can. 45. caus. XII. qu. 2. dahin aus: Justum namque est, ut illi consequantur stipendium, qui pro tempore suum commodare reperiuntur obsequium. Doch halten wir uns dadurch nicht berechtigt, dem Satz eine so weite und dadurch auch vage Fassung zu geben, wie Naundorf Abhandl. über Gegenstände der Gesetzgebung und Rechtsw. S. 161., wenn er behauptet: „Jede Handlung, sie sey von welcher Art sie wolle, wenn sie in der Absicht geschieht, Erwartungen zu erregen, und von welcher bekannt ist, daß dadurch gewöhnlicher Weise Erwartungen erregt werden, ist schon hinreichend, Vertragsrechte zu begründen, ohne daß es in einem solchen Falle just einer ausdrücklichen Verabredung bedürfte."

Zu 2) Dies kann wohl nur mit großer Einschränkung behauptet werden. Zwar setzt die l. un. C. 4. 3. das Erlaubtseyn eines solchen Vertrags außer Zweifel, durch welchen nach einer eigenen Einrichtung am römischen Hofe die Begleiter des Kaisers sich für ihr Fürwort etwas bedingen konnten, daher sie denn auch, wenn dasselbe von Erfolg war, das Bedungene fordern konnten; allein sollte das Fürwort die Erlangung eines Amtes bewirken, so hat schon Justinian in Nov. 8. c. 1. und Nov. 161. alle Versprechen für die Empfehlung zu öffentlichen Aemtern verboten; sollte aber das Fürwort eine landesherrliche Concession anderer Art bewirken, so wird dasselbe gewöhnlich nur von solchen Ministerialen von Bedeutung seyn können, welche officiell zur Beurtheilung und Berathung des Staatsinteresse berufen sind, und dann muß man behaupten, daß Niemand sich für sein Vorwort etwas bezahlen lassen dürfe, der schon von Amtswegen zur Unterstützung einer Sache verbunden war, Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 67. Anm. 6., Glück Thl. XVIII. S. 111.

Zu 3) Mehrere ältere Rechtsgelehrte räumen den Kindern durchaus keinen Anspruch auf Lohn für die ihren Eltern geleisteten Dienste ein; Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 5. §. 24., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XXXVIII. tit. 1. §. 1., Harpprecht de salario pro operis liberorum praestando, in Diss. acad. Vol. I. no. 2. pag. 54., und unter den Neuern v. Langenn u. Kori a. a. O. S. 5., Pufendorf Observationen herausg. von Schmidt S. 1.

Diese Ansicht wurzelt hauptsächlich in den römischen Rechtsgrundsätzen von der väterlichen Gewalt, nach welcher in der Regel ein Hauskind überhaupt nichts sich, sondern nur dem Vater erwerben konnte, wovon nur das peculium castrense und quasi castrense eine Ausnahme machte, dessen Fälle aber auch in den Gesetzen speciell und genau bestimmt sind. Allein die Lehre von der väterlichen Gewalt und der Emancipation hat doch bei uns wesentliche Veränderungen erlitten, die Söhne werden schon dann als sui juris betrachtet, wenn sie, ohne vom Vater unterhalten zu werden, für sich leben, Glück Thl. II. S. 384., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 316., und auch die Hauskinder sind nicht ad operas mercenarias verbunden. — Andere sind der Meinung, daß sie, wenn sie Wohnung und Kost genießen, keinen Lohn fordern können, weil operae und alimenta sich compensiren; Stryck Us. mod. Lib. XXXVII. tit. 15. §. 10., v. Langenn und Kori a. a. O. S. 12., v. Meyerfeld Lehre von den Schenkungen Bd. I. §. 14. S. 236.,*) allein auch die eigentlichen Dienstboten erhalten ja außer der Beköstigung auch Dienstlohn, und die Kinder sind gegen die empfangenen Alimente nur zu häuslichen Diensten verpflichtet; Thibaut System §. 347., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 553., Mühlenbruch Lehrb. Bd. III. §. 548., Spangenberg prakt. Erörter. Bd. I. no. 17., Emminghaus Sächs. Pand. S. 573. no. 24., Kraut Lehre v. d. Vormundschaft Bd. II. S. 638., Puchta Pand. §. 315. Die meisten neueren Rechtsgelehrten kommen mit Ausnahme weniger Dissentienten, z. B. Döllmann in Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XIV. S. 134. und das seiner früheren conformen Ansicht in den Erörter. v. Bülow u. Hagemann Bd. II. no. 55. untreu gewordene O.-A.-G. zu Celle (s. jurist. Ztg. f. Hannover 1841. H. 2. S. 109. vergl. Jahrg. 1831. H. 1. S. 173.), im Wesentlichen vielmehr darin überein: Kinder können für solche Dienste und Handreichungen, welche sie ihren Eltern ex pietate filiali oder zum Beistand und Unterhalt der Eltern leisten (operae obsequiales), keinen Lohn fordern, wohl aber für solche, wodurch den Eltern ein Gewinn zugewachsen ist, und wozu sie sonst operas mercenarias hätten gebrauchen müssen; Spangenberg a. a. O. S. 102., Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. VII. S. 157., Leyser Sp. 17. med. 2., Stryck de success. ab intestato Diss. XI. cap. IV. §. 20., Struben rechtl. Bed. Bd. III. no. 49.,

---

*) [Vergl. oben Bd. I. §. 66. zu Fr. 4. u. Buchka-Budde Entscheid. IV. S. 204.]

v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. II. no. 55., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VI. Med. 345., v. Ende jurist. Ausführungen S. 32., Glück Thl. II. S. 231. — Nach dem von uns zur Fr. 1. angenommenen Princip eines stillschweigenden Vertrags müssen wir gleicher Weise behaupten: wenn Kinder in ein solches dienstliches Verhältniß zu den Eltern gestellt sind, welches allgemein einen Lohn voraussetzt, wenn sie also nicht blos operas obsequiales, sondern mercenarias leisten, so prävalirt dieses besondere Verhältniß, und die Leistungen können nicht auf das — nunmehr nur als etwas Zufälliges erscheinende — kindliche Verhältniß in Rechnung gebracht werden; l. 10. D. 37. 15.: nam pietatem liberi parentibus, non operas debent. — Um so zweifelloser muß ein Gleiches von entfernteren Verwandten, z. B. Nichten oder Neffen, oder auch unter Geschwistern gelten; v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. II. no. 55. Bd. VII. no. 78., Spangenberg a. a. O. — Ob unter gleichen Verhältnissen auch umgekehrt Eltern einen solchen Lohn von ihren Kindern fordern können? möchte wohl, wie Gans Zeitschr. f. d. Civil- und Criminalrechtspflege im Königr. Hannov. Bd. I. S. 352. gethan, vorzüglich deshalb zu verneinen seyn, weil animus donandi von Seiten der Eltern zu vermuthen sey.

Zu 4) Nach l. 1. §. 9. u. 15. D. 50. 13. wird der Schuldige durch eine extraordinaria cognitio, weil nämlich keine streng rechtliche Verpflichtung angenommen war, zum Ersatze angehalten. Der heutige Gerichtsbrauch wird um so bedenklicher eine Haftung wegen jeglicher Verschuldung annehmen, Unterholzner a. a. O. S. 376.

Zu 5) Der Mäklerlohn, welcher übrigens voraussetzt, daß das Geschäft wirklich zu Stande gekommen sey, und von Seite des Mäklers ein Causalverhältniß obgewaltet habe,*) Albrecht Entscheid.

*) Wenn ihm keine bestimmte Vergeltung versprochen war, und das Geschäft ohne ihn zu Stande gekommen ist, kann zwar der Geschäftsträger nach l. 56. §. 3. D. 17. 1. — l. 17. C. 4. 35. nichts fordern, wohl aber ausnahmsweise, wenn er die ihm aufgetragenen Geschäfte als Gewerbe treibt, Struben rechtl. Bed. Thl. IV. no. 171., oder eine gewisse Provision durch Gesetze oder Gewohnheit eingeführt ist, v. Ende jurist. Ausführungen S. 58., und er kann derselben auch nicht dadurch verlustig werden, daß z. B. bei einem durch den Geschäftsführer eingeleiteten Verkaufsgeschäft die Auftraggeberin, nachdem er ihr einen guten Kaufsliebhaber verrathen, hinterher durch einen Andern mit diesem abschließen läßt. Denn so wenig der Geschäftsführer ein übernommenes und vielleicht schon angefangenes Geschäft unvollendet lassen

merkwürdiger Rechtsfälle Bd. I. S. 346., muß von jedem Theil, der den Mäkler angenommen hat, bezahlt werden. Seuffert's Archiv XII. no. 155. Haben beide Theile denselben oder dieselben Mäkler zusammen angenommen, so bezahlt jeder Theil die Hälfte. Gewohnheit hat aber zuweilen eingeführt, daß der Mäkler jeder Zeit vom Käufer blos bezahlt wird, Büsch u. Ebeling Handl. Bibliothek Bd. I. S. 268., Bender Grunds. d. Handelsr. §. 64. Nach preuß. Landr. Thl. II. Tit. 8. §. 1381 ff. fordert der Mäkler bei Waarengeschäften seinen Lohn vom Verkäufer, bei allen anderen Geschäften von jedem Theil zur Hälfte. Hat jeder Theil seinen eigenen Mäkler, so erhält jeder von seinem Theile einen halben Lohn. [A. D. H.-G.-B. Art. 82. 83.]

Kapitel XVI.

Schuldverhältnisse aus einer Genossenschaft.

A) Societas.

Inst. III. 25. (26.) de societate. Dig. XVII. 2. Cod. IV. 37. pro socio. Gajus III. §. 148—155.

§. 304.

1. Vom Wesen derselben.*)

1) Eine blos gemeinschaftliche Erwerbung, z. B. wenn Mehrere etwas zusammen kaufen, macht bekanntlich noch keine Societät, das Wesen derselben liegt vielmehr in einer Gemein-

darf, so wenig ist dieses dem Mandanten erlaubt, wenn das eigene Interesse des Geschäftsträgers oder eines Dritten dabei zur Frage kommt; vielmehr ist eine Bedingung als erfüllt anzunehmen, wenn der, welcher sie stellte, selbst die Erfüllung verhindert, v. Ende a. a. O. Das Zuweisen eines Käufers ist genügend, um dem Mäkler das Recht auf die Mäklergebühr zu verschaffen, Emminghaus Sächs. Pand. S. 569. no. 3.

*) Die gewöhnlichen Eintheilungen der Societät werden hier als bekannt vorausgesetzt. — Was das röm. Recht societas nennt, das läuft allemal auf eine vertragsmäßig eintretende communio von Vermögensrechten, nämlich irgend einem an Sachen oder gegen Personen gemeinsam erworbenen oder zu

schaftlichkeit der Mittel und Kräfte, sowie des Zwecks, und diese kann nur durch eine darauf gerichtete Uebereinkunft *) entstehen. Kann aber eine solche auch stillschweigend durch concludente Handlungen perficirt werden?

---

erwerbenden Recht hinaus. In der eigentlichsten Bedeutung versteht man daher unter societas denjenigen Consensualcontract, wodurch mehrere Personen sich gegenseitig verpflichten, Sachen und Güter oder Arbeiten oder beides zugleich zum Zweck eines erlaubten gemeinschaftlichen Gewinnes vereinigen zu wollen; Glück Thl. XV. S. 372. Erst die neuere Zeit hat Societäten zum Zweck gebildeter Unterhaltung und Vergnügens (z. B. Ressource, Harmonie, Club genannt) zu Tage gefördert. Welche eigenthümliche Verhältnisse bei solchen eintreten können, zeigt ein in Kritz Sammlung Bd. V. S. 236. erzählter Rechtsfall, wo der Titel pro socio hilflos ließ. Es war Jemand auf sein Anmelden durch Stimmenmehrheit in eine solche Gesellschaft aufgenommen, und die Aufnahme auf die übliche Weise im Gesellschaftslocal bekannt gemacht, alsbald hernach aber durch eine Generalversammlung die Wahl für null und nichtig, somit der Aufgenommene für nicht aufgenommen erklärt worden, ohne die Nullitätserklärung speciell zu motiviren. Vergebens klagt der hierdurch Verletzte gegen ein Directorialglied der Gesellschaft (denn die Gesellschaft selbst konnte, weil sie nicht als moralische Person vom Staat anerkannt war, nicht belangt werden), und forderte, es solle dem Beklagten auferlegt werden, ihn nicht in dem Rechte der Mitgliedschaft zu stören, vielmehr ihn als aufgenommenes Glied anzuerkennen. Er wurde in 3 Instanzen abgewiesen, hauptsächlich aus dem Grund, weil das, was der Kläger forderte, nicht auf gerichtlichem Weg realisirbar war; Gönner Handbuch d. deutsch. gem. Proc. Bd. I. S. 307 ff. Es lag gar nicht in dem freien Willen des Beklagten, den Kläger als Gesellschaftsmitglied anzuerkennen, weil ein Einzelwille nicht gegen den ausgesprochenen Gesammtwillen, nicht gegen die jeden Einzelnen bindende Stimmenmehrheit geltend werden konnte. Der Einzelne konnte daher nicht einmal legitimus contradictor seyn. Ueberdem hatten die Gesellschafts-Statuten die Bestimmung enthalten: „alle Beschwerden, Vorschläge oder sonstige Eingaben müssen bei der Direction zur Entscheidung gebracht werden. Gegen diese Entscheidung steht dem Mitglied, das dieselbe veranlaßt, Provocation auf anderweite Entscheidung durch den Generalconvent frei, auch kann beliebig das Directorium diese Entscheidung sofort der Gesellschaft anheimgeben und zu dem Ende einen Generalconvent berufen." Der Kläger gerieth daher unvermeidlich in folgendes Dilemma: entweder wollte er behaupten, daß seine Aufnahme in die Gesellschaft, in welcher sie bereits promulgirt war, perfect sey, so mußte er sich auch dem Beschluß des Generalconvents unterwerfen, oder seine Aufnahme war noch nicht als perfect zu betrachten, dann hatte er überhaupt kein Recht erworben.

*) Welche nach Justinians Entscheidung einer älteren Streitfrage auch unter einer Bedingung stattfinden kann, l. 1. pr. D. 17. 2. — l. 6. C. 4. 37., aber erst nach eingetretener Bedingung wirksam wird; Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 379. Anm. f.

2) Welche Eigenthümlichkeiten sind an der societas omnium bonorum (soc. universalis) wahrzunehmen?

3) Ist es rechtliche Nothwendigkeit bei einem Gesellschaftsvertrag, daß die Antheile am Gewinn der Größe der Beiträge entsprechen müssen? Gilt insbesondere eine Societät in der Art, daß nur der Eine von den Gesellschaftern den Verlust zu tragen hat? oder daß der Eine $^2/_3$ am Gewinn und nur $^1/_3$ am Verlust, dagegen der Andere $^1/_3$ am Gewinn und $^2/_3$ am Verlust zu übernehmen habe?

4) Wird durch Schließung einer Gesellschaft nur eine Gemeinschaft des Gebrauchs der inferirten Sachen, oder ein gemeinschaftliches Eigenthum an den Sachen selbst begründet, so daß, wenn z. B. der eine Socius Geld oder Sachen von Werth inferirt, der andere nur zur Arbeit sich verpflichtet hat, der Letztere doch auch an den Geldern und Effecten des Ersteren Antheil hat, und bei einem an denselben sich ereigneten zufälligen Verlust das Fehlende aus eigenen Mitteln nach Verhältniß seines Gesellschaftsantheils zu ergänzen schuldig ist?

5) Wird in der particulairen Gesellschaft nicht ein dem einen Socius zugefallenes Geschenk oder Vermächtniß wenigstens dann gemeinschaftlich, wenn jener es eigentlich wegen der Gesellschaft und aus Gelegenheit derselben erhalten hat? eine Erbschaft wenigstens dann, wenn der Gesellschaftsvertrag ausdrücklich darauf gerichtet war?

Zu 1). Die bejahende Entscheidung ist in l. 4. pr. D. 17. 2. indistinct gegeben: Societatem coire et re et verbis — posse nos, dubium non est. Mehrere, z. B. Voet Comm. ad Pand. Lib. XVII. tit. 2. §. 25., Carpzov P. III. const. XV. def. 45. no. 3. glaubten zwar, bei der universellen Gesellschaft eine Ausnahme machen zu müssen, indem die Worte in l. 3. §. 1. D. h. t.: cum *specialiter* omnium bonorum societas coita est darauf hindeuten: id specialiter actum esse debere; allein dagegen ist zu erinnern: das specialiter id actum esse, non tantum ex verbis, sed ex factis quoque apparet. Die gemeine Meinung hat sich daher gegen eine Ausnahme entschieden, Glück Thl. XV. §. 964., Thibaut System §. 539. (Ed. 8.), Cocceji J. C. h. t. qu. 3., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 379.

Anm. f., Koch R. d. Ford. Bd. III. S. 521., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 221. Die stillschweigende Eingehung einer Handelsgesellschaft geschieht häufig durch Fortführung des Handelsgeschäfts des Erblassers von Seite der Erben, indem sich mehrere Erben vereinigen, die ihnen angefallene Erbschaft unvertheilt fort zu verwalten, so daß nur dasjenige, was einer derselben von einer anderen Seite erwirbt, nach l. 52. §. 6. D. 17. 2. nicht in das gemeinsame Vermögen fallen soll. Durch eine solche Vereinigung entsteht eine Societät, während außerdem eine Mehreren angefallene Erbschaft nur eine Communion bildet; Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XX. S. 255.

Zu 2) Es bedarf dabei in Ansehung der körperlichen Sachen nicht, wie bei der particulairen Societät, erst der Tradition, um sie gemeinschaftlich zu machen; nur Schuldforderungen und persönliche Klagen müssen cedirt werden, l. 1. §. 1. l. 2. l. 3. D. 17. 2., und bei späteren Erwerbungen eines oder des andern Gesellschafters muß man wohl nach l. 52. §. 16. l. 74. D. 17. 2., obgleich man hier Consequenz vermißt,*) behaupten, daß das Erworbene nicht eo ipso gemeinsames Eigenthum werde, der Erwerber aber durch die Societätsklage angehalten werden könne, dasselbe einzuschießen, Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XVII. tit. 2. §. 14., Schulting thes. contr. Dec. 62. §. 1., Glück Thl. XV. S. 381. u. 382. Anm. 45., Treitschke Lehre von der Erwerbsgesellschaft S. 51.

Bei der universellen Societät werden nicht blos die durch Thätigkeit der Gesellschafter vermittelten künftigen Erwerbungen gemeinschaftlich, sondern alles und jedes, z. B. Schenkungen, Erbschaften, Legate, l. 3. §. 1. l. 73. D. h. t., auch eine von einem Socius für erlittene Beleidigungen erlangte Genugthuung, l. 52. §. 16. D. 17. 2., selbst ein dem Ehemann zugebrachtes Heirathsgut, soweit er es nicht zu restituiren braucht; l. 65. §. 16. l. 66. D. 17. 2. Was ein

---

*) Thibaut System §. 541. Anm. i. bemerkt deshalb: „A. M. ist mit Recht Westenberg princ. jur. h. t. §. 15." Auch Cocceji J. C. h. t. Qu. 5. u. Emminghaus ad Eund. not. r. versteht die angeführten Gesetzstellen nicht so, als werde Tradition erfordert, sondern res postea quaesitae communicari debent imputatione, non vero traditione, – inferri debent non per traditionem, sed referendo ad communes rationes. Indessen scheint doch auch nach dieser Meinung immer erst ein factum erforderlich, um die später erworbenen Sachen gemeinschaftlich zu machen; Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 6. Mit Thibaut stimmt überein Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. IV. S. 685.

socius durch unerlaubte Handlungen erworben hat, wird aber nur dann gemeinschaftlich, wenn der Andere wissentlich participirt, oder sofern dies nicht der Fall ist, soweit die Gesellschaft durch den von dem Urheber eingebrachten unerlaubten Gewinn bereichert worden ist; außerdem haftet nur der Schuldige für seinen Antheil am gemeinschaftlichen Vermögen, Thibaut a. a. O. §. 541., Glück a. a. O. S. 380. In Ansehung der Schulden ist in l. 27. D. 17. 2. bestimmt ausgesprochen, daß alle nach Eingehung der Societät contrahirten Schulden aus der Societätskasse bezahlt werden müssen, nur Schulden aus unerlaubten Handlungen und Spielschulden gehen den andern Gesellschafter nichts an; l. 27. l. 52. §. 18. D. 17. 2. Mehrere haben nun zwar geglaubt, was in l. 27. cit. von den nach eingegangener Societät contrahirten Schulden gesagt ist, könne als ein eingeschränkter Satz nicht uneingeschränkt, also nicht auch von den schon bei Eingehung der Societät vorhanden gewesenen Schulden eines Gesellschafters behauptet werden, Leyser Sp. 184., Wernher Comm. in Pand. h. t. §. 2. u. 3. Allein man muß dagegen erwiedern: unius positio non est alterius exclusio, daß aber die Schulden, welche ein Gesellschafter in die Gesellschaft brachte, nothwendig aus dem Gesellschaftsvermögen berichtigt werden müssen, folgt schon aus dem Princip: bona intelliguntur cujusque, quae deducto aere alieno supersunt, und aus dem Recht jedes Gesellschafters, alle seine Bedürfnisse aus der Gesellschaftskasse zu nehmen, wozu für den redlichen Mann doch gewiß auch die Befriedigung seiner Gläubiger gehört. Dasselbe ist auch bei der deutschen allgemeinen Gütergemeinschaft unter Eheleuten immer angenommen worden, wie das Sprichwort lautet: qui épouse l'homme, épouse les dettes; Glück Thl. XV. S. 384., Voet l. c. §. 4., Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 380., Müller ad Leyser T. II. Fasc. I. obs. 380., Braun Dict. zu Thibaut §. 882. Auch bei der societas omnium bonorum behält, da sie nicht bis nach dem Tod ausgedehnt werden kann, jeder Theil die freie letztwillige Verfügung über seinen Antheil am gemeinschaftlichen Vermögen, l. 52. §. 9. D. 17. 2. — l. 16. §. 3. D. 34. 1. — l. 1. C. 6. 22.

Zu 3) Daß die Antheile am Geschäft der Größe der Beiträge entsprechen müssen, läßt sich offenbar nicht als Regel aufstellen, weil sich Beiträge denken lassen (z. B. Dienste, Credit), die eines bestimmten und sichern Anschlags nicht fähig sind. Eine verhältnißmäßige Gleichheit durch Bestimmung ungleicher Antheile zu bewirken, muß daher der Uebereinkunft der Contrahenten überlassen werden. Ohne eine

solche Festsetzung sind die Antheile der Gesellschafter gleiche;*) l. 29. pr. D. 17. 2. — §. 1. J. 3. 25. (26.) — Nov. Leon. 103. Gajus III. §. 150. l. 3. C. 4. 37., Puchta Pand. §. 370., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 655., Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. IV. S. 687., Unterholzner a. a. O. S. 382. und die Lehrbücher von Schweppe Bd. III. §. 475., Kritz Thl. I. Bd. II. S. 37., v. Wening-Ingenheim §. 272. (181.), Schilling Lehrb. Bd. III. §. 314. Anm. m., Schrader in der größeren Instit.-Ausgabe ad §. 1. J. 3. 25., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 121. Anm. 35. [A. D. H.-G.-B. Art. 109.] Der vorzügliche Werth, welchen der eine auf die industriellen Kräfte des andern Gesellschafters legt, kann ihn veranlassen, letzteren von Tragung eines Verlustes, welcher als Schlußresultat sämmtlicher Societätsgeschäfte sich etwa zeigen möchte, zu liberiren, und eine also vereinbarte Societät ist deshalb nicht unrechtlich zu nennen; §. 2. J. 3. 26. — l. 29. §. 1. D. 17. 2., Schweppe a. a. O. S. 247., v. Vangerow a. a. O. §. 651.

Eben deswegen hat auch eine Societät nichts Verwerfliches, in welcher ausgemacht ist, daß der Eine einen größeren Antheil am Gewinn haben soll, als der Andere; l. 29. pr. D. 17. 2. — §. 1. J. 3. 26. Man wird daher der Aeußerung Schweppe's a. a. O.: „bei gleichen Beiträgen ist ungleiche Theilung nicht erlaubt, weil sich sonst das Geschäft in eine Schenkung verlieren würde" nicht wohl praktische Geltung einräumen können, denn da es keinen allgemeinen positiven Maßstab für den Werth des Einbringens des einen oder des andern Gesellschafters, mithin auch keine sichere Grundlage für die Entscheidung über vorhandene Gleichheit und Ungleichheit gibt,

---

*) Freilich sind viele Rechtsgelehrte anderer Meinung, indem sie nicht Kopftheile statuiren, sondern die Theilung nach geometrischer Proportion, oder nach Verhältniß der Einlagen als den gesetzlichen Maßstab erklären, namentlich Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. S. 741., Glück Thl. XV. S. 405. und die vielen in Anm. 100. von ihm angeführten, sowie die bei v. Vangerow a. a. O. weiter citirten Schriftsteller, aber die in Beziehung genommenen Gesetzstellen deuten, wie die Natur der Sache, immer auf eine desfalls zum Grund liegende besondere Uebereinkunft, oder auf den Fall, wo die Antheile der Socii durch arbitrium boni viri erst bestimmt werden sollten; l. 6. l. 80. D. 17. 2. Schwankend erklärt sich Thibaut System §. 542. (Ed. 8.) Ist es nicht eine unpraktische Aufgabe, wenn Meno Pöhls Handelsr. Thl. I. S. 213. in dem Fall, wo ein Socius blos operas, oder den bei weitem größeren Theil der Arbeit übernimmt, der Andere Geld einlegt, fordert: „Dienste des Einen müssen zu Geld angeschlagen werden. Jeder rechnet das von ihm eingeschossene Capital und die Zinsen darauf, was dann übrig bleibt, ist gemeinschaftlicher Gewinn?"

si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae, *vel operae, vel cujusque alterius rei causa*, l. 29. cit., so wird man nach §. 1. J. 3. 26. sprechen müssen: quod si expressae fuerint partes, hae servari debent; denn quilibet in rebus suis optimus est judex et arbiter. Der Begriff einer Schenkung scheint aber gar nicht hierher passend, weil Niemand vorher weiß, ob Gewinn oder Verlust das Endresultat der Geschäfte seyn werde, die für den Gewinn verabredeten Theile aber, wie Schweppe selbst bemerkt, von selbst auch für den Verlust gelten, §. 2. 3. J. 3. 26. — l. 30. D. 17. 2. oder mit anderen Worten nur auf das Schlußresultat der Rechnung die Verabredung über die Theilung zu beziehen ist.

Selbst in Ansehung der vielbesprochenen Frage: ob ein Societätsvertrag der Art gelte, daß einem Gesellschafter ein anderer Theil am Gewinn, ein anderer am Verlust zukommen soll, worüber in l. 30. D. 17. 2. — §. 2. J. 3. 26. die Meinung des Mucius dahin referirt wird, non posse societatem coiri, ut aliam damni aliam lucri partem socius ferat, erlangte nach §. 2. J. 3. 26. die Entscheidung das Uebergewicht: daß ein solcher Vertrag gelte, und zwar aus dem vorhin schon angedeuteten Grund, quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti. Freilich könne dies nicht angehen, daß z. B. wenn einmal gewonnen wird, der Eine $^2/_3$ davon ziehe, und wenn das andere Mal verloren wird, nur $^1/_3$ daran trage, wohl aber, daß, wenn das Endresultat der Geschäfte Gewinn bringt, er $^2/_3$ desselben beziehe, obwohl er, wenn das Endresultat Verlust gebracht hätte, daran nur $^1/_3$ zu tragen gehabt haben würde, Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 384., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 229., Glück Thl. XV. S. 423., v. Vangerow a. a. O. §. 651. no. 4., wo die verschiedenen Meinungen*) klar erörtert sind.

Nur eine Convention, wonach der Eine den Gewinn haben, und nur der Andere den Verlust tragen soll (soc. leonina), könnte nicht als Societät gelten, obwohl sie unter Voraussetzung aller gesetzlichen Erforderniße als Schenkung zu behaupten wäre, wie wenn Einem, der nichts beigetragen hat, ein Antheil am Geschäftsgewinn versichert worden wäre; Schweppe a. a. O. §. 475., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 222., Glück Thl. XV. S. 403. u. 425., v. Vangerow a. a. O. §. 651.

---

*) S. auch Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. IV. S. 688.

Zu 4) Bei der universellen Societät kann darüber kein Zweifel entstehen, daß alles zusammengebrachte und künftig zuwachsende Vermögen gemeinschaftlich wird; l. 1. §. 1. D. 17. 2. Bei der gewöhnlichen Gesellschaft, nämlich der Erwerbsgesellschaft möchte man schon durch die Benennung sich bewogen finden, keine andere Absicht zu unterstellen, als daß eben der Erwerb gemeinschaftlich werden solle, nicht die Mittel und Kräfte, sondern das Erzeugniß derselben. Meistens wird auch von den Rechtsgelehrten die Vermuthung dafür angenommen, Thibaut System §. 537. (Ed. 8.), Braun Erört. zu §. 878., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 381., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 474. S. 244., Puchta Pand. §. 370., Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. IV. S. 682. cf. l. 7. D. 17. 2., Gesterding alte und neue Irrth. no. 9. S. 291., obwohl Andere wieder das Gegentheil behaupten, Voet Comm. ad §. 2. Inst. 3. 26. — Guyet Abhandl. no. 9., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 303. In Praxi wird wohl die aufgeworfene Frage in dem Fall auf keine Schwierigkeit stoßen, wenn jeder Socius Geld oder Geldeswerth (nicht einer blos operas) eingebracht hat. Der Verlust, von welchem die Societätsmittel einer Erwerbsgesellschaft im Laufe des Betriebs durch Unglück betroffen werden, ist ebenso wie der damit erzeugte Gewinn immer ein gemeinschaftlicher,*) und ist das Unglück, welches die Einlage des Einen betroffen hat, von der Art, daß das beabsichtete gemeinschaftliche Geschäft gar nicht in das Werk gesetzt werden kann, so ist eine Gesellschaft gar nicht mehr vorhanden;**) l. 52. §. 4.

---

*) Zu dieser Wirkung der Societät ist es aber gar nicht wesentlich oder nothwendig, daß die eingebrachten Sachen zum gemeinschaftlichen Eigenthum gemacht werden; s. l. 52. §. 4. l. 58. §. 1. l. 60. §. 1. l. 61. l. 71. pr. D. 17. 2., Gesterding a. a. O.

**) Die l. 58. cit. exemplificirt dies folgendermaßen: cum tres equos haberes, et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes, et ex pretio quartam mihi redderes. Si igitur *ante venditionem* equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait, societatem manere, nec ex pretio equorum tuorum partem deberi, non enim *habendae* quadrigae sed *vendendae* coitam societatem; ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret, eaque communicaretur, tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus. — Dies erklärt sich daraus, daß bei einer Genossenschaft nicht immer die Begründung eines gemeinschaftlichen Eigenthums beabsichtet wird. Wäre die Verabredung der beiden Paciscenten dahin gegangen, nun mit einander ein Viergespann zu haben, so wäre der Schaden ein gemeinschaftlicher, und der, dessen Pferd starb, behielte noch den Antheil an den 3 Pferden des Andern, da aber die Genossenschaft nicht habendae, sondern vendendae quadrigae

l. 58. pr. §. 1. D. 17. 2. Wie aber, wenn ein Socius Geld oder Sachen von Werth, der andere nur operas eingebracht hat? Da kann nun der Fall seyn, daß entweder das Eingebrachte des Einen eine species, oder daß es etwas Generisches, etwas Vertretbares und Verzehrbares ist. Im ersten Fall kann bei Auseinandersetzung der Societät, und da wird die Frage gewöhnlich erst in Anregung kommen, das Ergebniß eines die Sache zerstörenden Unfalls wohl kein anderes seyn, als daß lediglich der Einleger seine Einlage verliert. Z. B. ich habe ein junges rohes Pferd, und schließe mit dem A. eine Societät dahin, daß er das Pferd ein Jahr lang in Futter nehme und dressire, dann das Pferd verkauft und der Erlös gleich getheilt werden soll. Die l. 13. §. 1. D. 19. 5. behandelt einen ähnlichen Fall, und sagt dabei: hic dominus esse non desinit, qui prius fuit, und, aber auch ganz indistinct, nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit; vergl. Wächter im civil. Archiv Bd. XV. S. 206 ff. Im zweiten Fall, wenn nämlich das Eingebrachte meines Gesellschafters etwas Verbrauchbares und Vertretbares war, wird man geneigter seyn, der Meinung derjenigen beizustimmen, welche ein gemeinschaftliches Eigenthum an den inferirten Sachen annehmen. Wird Geld von den Gesellschaftern zusammengelegt, so zweifelt ohnedies Niemand daran; l. 58. §. 1. D. 17. 2. — Es ist aber überhaupt nicht zu leugnen, daß, wenn ich verbrauchbare Sachen zum Gebrauch und also auch zum Verbrauch hergebe, das Aufgeben meines privativen Eigenthums nothwendige Folge meiner Handlung sey. So wenig wir indessen diesem Satz widersprechen möchten, so können wir uns doch mit der v. Vangerow a. a. O. §. 651. daraus gezogenen Folgerung nicht einverstehen: weil in der Societät Alles gemeinschaftlich wird, so müsse in einer solchen Societät, wo von einer Seite materielle Werthe, von der andern aber nur industrielle Kräfte communicirt werden, ein an ersteren entstandener Verlust auch auf den anderen Socius repartirt werden. Den Socius, welcher nur operas conferirt hat, kann nur der Verlust desjenigen, wozu er sich obligirt

---

eingegangen war, so trifft der Verlust des todten Pferds blos den Einen, indem die Societät durch völlige Vereitelung ihres Zwecks zur Unmöglichkeit geworden ist. Hieraus entnehmen wir den Satz: wenn die zu einem bestimmten gemeinschaftlichen Geschäft gegebene Sache untergeht, bevor noch dieses Geschäft begonnen, mithin die Sache als gemeinsam behandelt werden konnte, so geht sie auf Gefahr ihres Eigenthümers unter. Ist aber etwas zu einem perennirenden gemeinsamen Gebrauch bereits hergegeben, so geht die Gefahr auf Rechnung der Gemeinschaft.

hat, nämlich der Verlust seiner vergeblich aufgewandten Zeit und Kräfte treffen. Saepe opera alicujus pro pecunia valet; §. 2. J. 3. 26. Gegen Guyet, welcher a. a. O. im Zweifel jedes Mal die Vermuthung für das Daseyn einer societas dominii geltend macht, möchten wir unter seinen beiden Recensenten in den Erlanger Jahrbüchern der jurist. Literatur Bd. XI. S. 251. u. Bd. XII. S. 48. dem Ersteren beipflichten, welcher aus Zusammenhaltung der Aussprüche unserer Quellen zu dem Ergebniß gelangt, daß in jedem einzelnen Falle einzig auf die besondere Intention der contrahirenden Theile zu sehen sey; ist diese aber streitig, so ist nichts zu vermuthen, sondern es muß auf die gewöhnliche Weise bewiesen werden. Die meisten Rechtsgelehrten, s. d. Citate bei Glück a. a. O. Anm. 85., sind auch der Meinung: das eingelegte Capital bleibt immer dem Einleger, und wer blos operas inferirt hat, hat, wenn nicht ein Anderes ausgemacht ist, für den Geldverlust nichts zu vergüten.*) [A. D. H.-G.-B. Art. 91.]

Zu 5) Verneinend entscheidet die erste Frage l. 60. §. 1. D. 17. 2.: nec compendium, quod propter societatem ei contigisset, veniret in medium, veluti si propter societatem heres fuisset institutus, aut quid ei donatum esset. Ebensowenig würde der Socius A. den

*) Abweichend ist in dem letzten Punkt v. Vangerow a. a. O. §. 651., welchem auch Sintenis Civilr. Bd. II. §. 121. Anm. 27. beistimmt. Er räumt zwar ein, daß bei Auflösung der Societät die eingelegten Gelder ausschließlich dem, der sie gegeben hat, zu restituiren seyen, und gesteht ferner zu, daß, wenn der eine Socius nur operas, der andere aber ein Capital inferirt, die Gesellschaft aber keinen Gewinn abgeworfen hat, dieser die Zinsen seines Capitals, jener die Frucht seiner Arbeiten verliere, widerspricht aber dem Satz, daß bei entstandenem Verlust der Erstere niemals zu einem theilweisen Ersatz ex propriis verpflichtet sey; z. B. wenn A. 10,000 Thlr. als Geschäftsfond hergab, und B. sich nur zu industriellen Leistungen verpflichtet hatte, an den 10,000 Thlrn. aber, noch ehe sie im Geschäft umgesetzt wurden, 4000 Thlr. verloren gegangen wären, dagegen mit den übrigen 6000 Thlrn. nur 2000 Thlr. erworben worden wären, so müßte B. an dem nun 2000 Thlr. betragenden Verlust die Hälfte mit 1000 Thlrn. einzahlen. Dagegen ist aber zu erinnern, daß derjenige, welcher sich zu einem pecuniären Zusammenwirken nicht verpflichtet hat, auch nicht dazu angehalten werden kann. So bemerkt auch Koch a. a. O. §. 303. S. 624. der 2. Ausg.: „die Frage, ob zu dem Deficit Alle ebenso beitragen müssen, kann nicht vorkommen, denn darunter können nur Schulden verstanden werden, welche einen neuen Zuschuß erfordern, den nur Diejenigen zahlen, welche zu Geldbeiträgen verpflichtet sind.“ So entscheidet auch das Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. §. 1183. 1187. 1189. und das Preuß. Landr. Thl. 1. Tit. 17. §. 256 u. 257.

Schaden mittragen, welchen der Socius B. dadurch erlitten hat, da Jemand ihn gerade deswegen, weil er dieser Societät beigetreten ist, nicht zum Erben eingesetzt hat; Glück Thl. XV. S. 387. Selbst wenn bei Errichtung der Societät ausdrücklich ausgemacht war, daß die Gemeinschaft sich auch auf Erbschaften erstrecken solle, werden darunter die durch einen letzten Willen anfallenden (also einen unsichern Erwerb bildenden) Erbschaften im Zweifel nicht begriffen; l. 3. §. 2. D. 17. 2., Unterholzner a. a. O. S. 381.

---

§. 305.

2. Von den Verbindlichkeiten der Gesellschafter*) unter einander.

1) Ist ein Vertrag, durch welchen die Gesellschafter sich verpflichtet haben, lebenslang in der Gesellschaft zu verbleiben, unverbindlich?

2) Findet bei Klagen aus dem Gesellschaftsvertrag die exc. non adimpleti contractus**) statt?

3) Wenn ein in Schulden verfallener Gesellschafter zwar einige seiner Genossen vollständig zu befriedigen vermochte, die Andern aber nun bei ihm zu kurz kommen, können diese dann von den Empfängern eine verhältnißmäßige Herausgabe fordern?

---

*) Von dem ihnen zustehenden benef. competentiae s. oben im allgem. Theil Kap. IV. §. 331. Es ist daher hier nur noch der besonderen Voraussetzungen zu erwähnen; nämlich: a) daß der Beklagte nicht eines dolus sich schuldig gemacht hat; l. 22. §. 1. D. 42. 1. — l. 63. §. 7. D. 17. 2. — b) daß er nicht seine Eigenschaft als Socius, da er mit der act. pro socio belangt wurde, chicaneuser Weise geleugnet hat; l. 67. §. 3. D. 17. 2. — l. 22. §. 1. D. 42. 1. — c) daß nicht der Kläger, würde er nicht befriedigt, selbst den Dürftigen beizuzählen wäre, nam privilegiatus contra aeque privilegiatum jure suo non utitur; Gensler im civil. Archiv Bd. II. S. 249.

**) S. oben im allgem. Theil Kap. V. §. 243. lit. b. von den Wirkungen der Verträge zu Fr. 2. Die Literatur der Streitfrage über die Natur dieser Einrede s. v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 607., welcher noch beizufügen ist v. d. Pfordten in Seuffert u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. III. S. 85.

4) Welchen Grad der Diligenz haben die Gesellschafter einander zu prästiren? und kann culpos verursachter Schade mit einem auf einer anderen Seite verschafften Vortheil aufgewogen oder compensirt werden?
5) Wenn nur Einer der Gesellschafter in Angelegenheiten der Gesellschaft zufällig Schaden erlitten hat, sind die übrigen schuldig, denselben mit zu tragen?
6) Inwiefern ist ein Gesellschafter den andern zu Zinsen verbunden?
7) Kann ein Kaufmann sich gegen seinen Gesellschafter zum Beweise einer gegen ihn geltend zu machenden Forderung auf sein Handlungsbuch stützen?
8) Ist es in Handelsgesellschaften erlaubt, daß der Gesellschafter gleiche Geschäfte, wie die der Gesellschaft, für eigene Rechnung macht?
9) Wird ein Socius durch casuelle Unmöglichkeit von der ihm contractmäßig obliegenden Leistung befreit?

Zu 1) Diejenigen, welche dies behaupten, wie z. B. Harpprecht Comm. ad §. 4. J. 3. 26. no. 6. u. 7., Vinnius Comm. ad eund. no. 1., irren. Nach l. 14. l. 70. D. 17. 2. ist nur der Vertrag ungiltig, daß die Gesellschaft nie aufhören soll, ne societate abeatur; etwas Anderes aber ist die Convention: ne intra certum tempus abeatur, da müssen wenigstens rechtfertigende Gründe zu einem früheren Austritt vorhanden seyn; l. 14. — 16. cit. Eine Gesellschaft auf Lebensdauer statuirt sogar ausdrücklich l. 1. D. 17. 2., Glück Thl. XV. S. 391.

Daraus, daß sie gesetzlich giltig und also auch bindend ist, darf aber freilich nicht gefolgert werden, daß jeder Gesellschafter einem rechtlichen Zwang, in der Gesellschaft zu verbleiben, unterliege, §. 4. J. 3. 26. — l. 5. C. 4. 37., sondern nur, daß er, nach Umständen, wenn sein früherer Austritt der Gesellschaft Schaden bringt, den übrigen Gesellschaftern für diesen, sowie überhaupt für den durch eine intempestive Aufkündigung*) entstehenden Schaden verantwortlich ist. Fragt man nun, ob eine intempestive Aufkündigung den Austretenden

*) Si renunciaverit societati eo tempore, quo interfuit socii, non dirimi societatem; l. 65. §. 5. D. 17. 2.

immer zur Entschädigung*) gegen seine Gesellschafter verbinde? so muß allerdings zwischen dem Austritt ex justa causa und sine justa causa unterschieden werden; l. 65. §. 6. D. 17. 2., Treitschke Lehre v. d. Erwerbsgesellschaft S. 96. Beispiele des ersteren gibt l. 14—16. D. 17. 2. Daß der Austretende die justa causa, worunter wohl immer nur eine schuldlose von außen herkommende Behinderung zu begreifen seyn wird, beweisen müsse, unterliegt keinem Zweifel. Geschieht die Aufkündigung einem abwesenden Gesellschafter, so modificirt sich deren Wirksamkeit nach den Bestimmungen der l. 17. §. 1. D. 17. 2. dahin: der Renunciant verliert seine Societätsrechte vom Augenblick der Aufkündigung an, aber von seinen Societätsverbindlichkeiten wird er erst von der Zeit an frei, wo sein Genosse von der Aufkündigung Nachricht erhält. Einseitiger Austritt ohne vorgängige Aufkündigung ist ohne Zweifel unstatthaft; l. 18. l. 63. i. f. l. 65. §. 6. D. 17. 2. — Schilling Lehrb. Bd. III. S. 527. Anm. b. — Das Verhältniß des Austretenden gegen einen Dritten betreffend, so kann dieser an ihn so lange zahlen, und so lange Verträge mit ihm schließen, als er von seinem Austritt keine sichere Kunde hat; arg. l. 65. §. 10. D. 17. 2. — §. 10. J. 3. 26. — l. 11. §. 2. 3. D. 14. 3. Hat er aber, wenn auch nur zufällig, neque enim certiorari debuit, qui non ignoravit, l. 1. D. 19. 1., sichere Kunde erlangt, so kann er durch Geschäfte, welche er dann noch mit dem Ausgetretenen eingeht, weder Rechte gegen die Gesellschaft erwerben, noch ihr verpflichtet werden; vergl. überhaupt Treitschke Lehre von der Erwerbsgesellschaft, Lpz. 1825., Roman über den einseitigen Rücktritt von einem abgeschlossenen Gesellschaftsvertrage und dessen rechtliche Wirkungen, Heilbronn u. Rothenburg 1825., Höpfner im civilist. Archiv Bd. XVII. S. 262. u. 440. [Vergl. übrigens Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1863. S. 55.]

Zu 2) Gegenstand der act. pro socio**) sind zunächst die persönlichen, aus dem Gesellschaftsvertrag entstehenden Verbindlichkeiten der

---

*) Der Begriff von intempestiv involvirt nämlich immer den des Schädlichen, indem auf den Zweck der Gesellschaft störend eingewirkt wird. War die Gesellschaft auf eine bestimmte Zeit eingegangen, so muß vermuthet werden, daß ein früherer Austritt schädlich sey, nam temporis adjectione a sociis quaesitam esse utilitatem adparet l. 65. §. 6. D. 17. 2., Donell. Comm. jur. civ. Lib. XVI. cap. 24. T. II. pag. 755. Die übrigen Gesellschafter haben dann nur die Größe des Schadens zu beweisen.

**) Von der Concurrenz der act. pro socio mit anderen Klagen, insbesondere von dem eigenthümlichen Concurrenzfall mit der act. venditi in l. 69.

Genossen*), und erst folgeweise die Theilung der gemeinschaftlichen Sachen, Glück Thl. XV. S. 445., Thibaut System §. 543., Schmidt Lehrb. v. Klagen und Einreden §. 1023—1024., wenn man anders nicht zufolge l. 1. D. 10. 3. mit Schilling a. a. O. S. 519. für den letzten Zweck nur die act. comm. dividundo als zulässig betrachten will. Ersterenfalls kann die Klage sowohl nach Beendigung der Societät, als auch während der Dauer derselben angestellt werden. Im ersten Fall könnte die exc. non adimpleti contractus etwa dann zur Sprache kommen, wenn beide socii über die von Einem und dem Andern geführten Geschäfte Rechnung abzulegen hätten; da wäre sie aber übel angebracht,**) da diese Verbindlichkeiten der Socii, unabhängig von einander, vielmehr neben einander bestehen. Der Beklagte hat da gegen den Kläger das Mittel der Compensation und Widerklage. — Im zweiten Fall wird zwar auch die Zulässigkeit der exc. nondum impleti contractus gewöhnlich geleugnet, doch möchte hier noch einiger Unterschied zu machen seyn:

a) Die Verbindlichkeit des Klägers kann nämlich mit der des Beklagten eine gleichzeitige seyn, wie z. B. in Ansehung der Einzahlung der Fonds gewöhnlich der Fall ist, und da wird, auch wenn nicht gerade besonders ausgemacht ist, daß die Einzahlungen Zug um Zug geschehen sollen, oder daß die eine der andern vorangehen soll, der Beklagte sich wohl mit der exc. doli insoweit schützen dürfen, daß er zu seiner Leistung nicht anders als gegen gleichmäßige Leistung von der anderen Seite angehalten werde. Zwar bezweifelt dies Heerwart im civilist. Archiv Bd. XVIII. S. 414. und will ihm nur eine Widerklage zugestehen; s. jedoch dagegen Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. VIII. S. 398., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 607.

D. 17. 2. s. Glück Thl. XV. S. 449., Leist in Linde's Zeitschr. Bd. XVII. S. 351.

*) Welche als bekannt vorausgesetzt werden dürfen; l. 52. §. 8. l. 63. pr. §. 1. D. 17. 2. — l. 38. §. 1. l. 67. §. 1. l. 74. l. 21. D. 17. 2. — l. 9. pr. D. 2. 13. — l. 1. §. 1. D. 22. 1. — l. 38. §. 1. l. 52. §. 12. u. 15. l. 67. §. 2. D. 17. 2. — l. 4. §. 3. l. 11. D. 10. 3. — l. 2. C. 4. 37. — l. 52. §. 3. l. 27. l. 38. pr. l. 67. pr. D. 17. 2. — l. 13. §. 2. l. 14. D. 14. 3. — l. 27. §. 8. D. 15. 1.

**) Schweder Diss. de exc. non adimpl. contr. Concl. 5. gesteht sie gleichwohl dem socius adversus socium, qui lucrum et damnum non vult dividere, et interim actione pro socio experitur, zu.

b) Die Leistungen können im Lauf des Gesellschaftsverhältnisses periodisch verschiedene seyn, indem jede Societät eine Reihe von einzelnen voraus gar nicht erkennbaren Ansprüchen entwickelt. Da erzeugt jeder einzelne Anspruch seine Klage, gegen welche sich der Beklagte im Weg der Compensation und Widerklage, aber nicht mit der Einrede des nicht erfüllten Contracts schützen kann; v. d. Pfordten in Seuffert und Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. III. S. 90.

Zu 3) Bejahend entscheidet l. 63. §. 5. l. 67. pr. D. 17. 2. Die Gemeinschaftlichkeit hat namentlich auch die Folge, daß, wenn ein Socius zahlungsunfähig wird, das, was aus der gemeinschaftlichen Verbindlichkeit von ihm nicht zu erlangen ist, von den übrigen Sociis antheilsweise getragen werden muß; l. 67. cit.

Zu 4) Ein Gesellschafter hat dem andern nicht nur dolum zu prästiren, wozu insbesondere auch Verweigerung der Rechnungen gerechnet wird, l. 9. pr. D. 2. 13., sondern auch culpam levem, i. e. desidiam et negligentiam, l. 52. §. 2. l. 72. D. 17. 2., aber nicht in abstracto, vielmehr prästirt er nur diligentiam, quam in rebus suis, §. 9. J. 3. 26., und nur ausnahmsweise haftet er für jedes Versehen, wenn er sich zu Leistungen in einer besonderen Kunst oder Wissenschaft verpflichtet hat, si artem operamve pollicitus est; l. 52. §. 2. D. 17. 2. Er haftet auch, wenn er sich eine nach einer Schätzung von ihm übernommene gemeinschaftliche Sache diebisch hat entwenden lassen, denn er muß desfalls custodiam prästiren; l. 52. §. 3. ib. Durch positive schädliche Thätigkeit wird er übrigens dem aquilischen Gesetz unterworfen, welches auf keinen Grad der culpa Rücksicht nimmt; l. 47. §. 1. D. 17. 2., Glück Thl. XV. §. 968., Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. IV. S. 686.

Insofern nun ein Gesellschafter nach vorstehenden Bemerkungen verbunden ist, Schaden zu ersetzen, kann er dabei nichts auf Vortheile abrechnen, welche er in anderen Geschäften der Societät gebracht hat; l. 23. §. 1 l. 25. l. 26. D. 17. 2. Doch findet Compensation in dem Falle statt, wenn beide Socii gleiche Nachlässigkeit in den Gesellschaftsangelegenheiten bewiesen haben; l. 10. pr. D. 16. 2., Schilling Lehrb. Bd. III. S. 516. Anm. g.

Zu 5) Alle damna fatalia*) fallen der Gesellschaft und nicht dem Einzelnen zur Last, wenn der Gegenstand, welchen das Unglück be-

*) l. 52. §. 3. cit. damna quae imprudentibus accidunt, hoc est damna atalia socii non cogentur praestare, d. i. Schäden, welche sich ereignen,

traf, bereits in die Gesellschaft gebracht und dem Gesellschaftszweck gewidmet worden ist, *) l. 58. pr. §. 1. D. 17. 2., dagegen der dem Gesellschafter an seinen eigenen Sachen zugestoßene Verlust nur dann, wenn er ihn in Gesellschaftsangelegenheiten, mithin aus Anlaß derselben ohne seine Schuld erlitten hat; l. 52. §. 4. l. 60. §. 1. l. 61. D. 17. 2.

Zu 6) Von dem eingelegten Fond kann — abgesehen von besonderen Conventionen — ein Gesellschafter nicht vorweg Zinsen und dann Antheil am Gewinn fordern. [Vergl. A. D. H.-G.-B. Art. 108.] Die l. 67. §. 2. D. 17. 2. verstattet ihm den Anspruch auf Zinsen nur von den bei Unzulänglichkeit der Societätsmittel ex propriis gemachten Vorschüssen in gemeinsamen Angelegenheiten; Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. II. S. 307. Von nicht abgelieferten, bereits gemeinschaftlich gewordenen Geldern hat er nicht blos des Verzugs halber schon Zinsen zu entrichten, sondern nur, wenn er sie, während er sie abzuliefern gehabt hätte, in seinen Nutzen verwendet hat; l. 1. §. 1. D. 22. 1. — l. 60. pr. D. 17. 2., Glück Thl. XV. S. 442. Anm. 77., Thibaut System §. 540. Auch verpflichtet es ihn noch nicht, der Gesellschaft Zinsen zu vergüten, wenn er von einem von ihm gemachten Gewinn Gelder auf eigenen Namen und für eigene Rechnung verzinslich ausgeliehen hat. Man ist nämlich bei Geldern, die man dem Vereine als Gewinn zu berechnen hat, blos deswegen, weil man sie für sich berechnet hat, noch keineswegs zur Verzinsung verpflichtet, solange man sich nicht im Verzug befindet, denn man hat ja auf diese Weise auch die mit Geldausleihen verbundene Verlustesgefahr auf sich allein genommen; l. 67. §. 1. D. 17. 2., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 388. Nur wenn man die Gelder im Namen der Gesellschaft ausgeliehen hat, ist man auch die Zinsen ihr zu verrechnen verbunden. Hat ein Socius von den dem Gesellschaftsvermögen bereits einverleibten Geldern etwas widerrechtlich an sich gezogen, so hat er davon Zinsen zu entrichten; l. 1. §. 1. D. 22. 1.

Zu 7) Gewöhnlich wird angenommen: ein Kaufmann könne sich nicht auf sein Handlungsbuch beziehen und zur Beschwörung desselben

---

ohne daß man sie voraussehen konnte; Treitschke deutsch. Uebers des Corp. jur. Bd. II. S. 319. Anm. 132.

*) Das conferre im Gegensatz zum bloßen destinare ist von jeder Handlung der Art zu verstehen, daß durch sie ein thätiger Schritt zur Verwendung der Sache im Interesse der communio geschieht; Sintenis Civilr. Bd. II. §. 121. Anm. 69.

zugelassen werden, wenn er sich mit dem Beklagten in einer Art von Societät befunden haben, und aus der Führung gemeinschaftlicher Geschäfte zur Verantwortung und Rechnungsablegung verbunden seyn sollte; v. Quistorp rechtl. Bemerk. Bd. II. no. 60., Klein Diss. de probatione, quae fit per libros mercatorum cap. 2. no. 62. etc. Der Grund mag wohl darin liegen, daß, wenn die beiderseits nach allen gesetzlichen Erfordernissen geführten Handlungsbücher von einander abweichen, keines von beiden beweist, weil gleiche Kräfte sich gegenseitig aufheben; v. Martens Grundriß d. Handelsr. §. 41.

Zu 8) Treitschke Lehre v. d. Gewerbegesellschaft §. 28. unterlegt einer Handelsgesellschaft immer ein stillschweigendes Einverständniß, daß kein Socius für eigene Rechnung Geschäfte gleicher Art mache, und findet daher in dem Zuwiderhandeln eine Unredlichkeit. Dafür scheint allerdigs [?] l. 64. D. 17. 2. zu sprechen, weil es darnach sogar für eine Aufhebung der Societät gilt, wenn jeder der Genossen für sich allein solche Geschäfte macht, zu deren Betrieb sie sich vereinigt hatten. Dagegen bejaht die Frage, insoweit nicht die Umstände des concreten Verhältnisses eine Vertragswidrigkeit erkennen lassen, Sintenis Civilr. Bd. II. §. 121. Anm. 54., Thöl Handelsr. §. 38. sub. 4. [Vergl. A. D. H.-G.-B. Art. 96.]

Zu 9) Die casuelle Unmöglichkeit befreit von der Leistung; l. 52. §. 3. D. 17. 2. — l. 6. C. 4. 24., Glück Thl. IV. S. 323. Anm. 8. Hieraus folgt, daß dem Socius, dem $^1/_3$ am Gewinn zukommt, dieses $^1/_3$ demungeachtet verbleibt, und sich nur vermindert, weil der Schaden von allen Sociis gemeinschaftlich getragen werden muß. Macht der Unfall einem Socius die fortwährende Leistung seiner Beiträge unmöglich, so hat er nun auch keinen weiteren Anspruch auf die bedungene Gewinns-Quote zu machen. Was bereits von einem Socius in die Societät inferirt ist, wird von dieser Zeit an in der Regel gemeinschaftlich, mithin ist auch der dasselbe durch Zufall betroffene Schade ein gemeinschaftlicher; l. 52. §. 3. D. 17. 1. — l. 58. §. 1. eod. Nicht immer wird aber dabei einer Genossenschaft die Begründung eines gemeinschaftlichen Eigenthums beabsichtet, daher die Unterscheidung in l. 58. pr. D. 17. 2., welche wir in §. 1. Fr. 4. Anm. ** bemerklich gemacht haben.

§. 306.

3. Verhältniß der Gesellschafter zu Dritten.

1) Sind die Gesellschafter dem Dritten aus dem mit ihm abgeschlossenen Geschäft solidarisch oder nur pro rata verbunden? und ist im letzteren Falle die Haftung nach Kopftheilen oder nach Societätsantheilen zu berechnen?
2) Wem und wieweit steht das Klagrecht zu, wenn eine Gesellschaft aus Verträgen mit Dritten Ansprüche an diese erworben zu haben behauptet?
3) Kann, wenn eine Gesellschaftshandlung in Zahlungsunfähigkeit verfällt, auch der stille Gesellschafter oder Commanditist von den Gläubigern in Anspruch genommen werden, und kann von ihm insbesondere sogar Zurückzahlung eines bezogenen Gewinns, wenn in der Folge der Verlust diesen überwiegt, gefordert werden?

Zu 1) v. Hartitzsch Entscheid. prakt. Rechtsfragen no. 204. behauptet, übereinstimmend mit Kind Qu. for. T. I. cap. 20. pag. 132., Carpzov Jurispr. for. P. II. Const. 17. def. 12. und v. Langenn u. Kori Erörter. Thl. II. S. 142., ganz ohne Unterschied einen vaterländischen Gerichtsbrauch (im Königreich Sachsen) für den Grundsatz: daß jeder Theilhaber einer Gesellschaft, indem sie gleichsam nur eine Person (die Gesellschaft) repräsentire, in solidum verbindlich sey. Gemeinrechtlich läßt sich aber in solcher Allgemeinheit ein Gerichtsbrauch weder behaupten, noch mit klaren Gesetzen vereinbaren. [Vergl. A. D. H.=G.=B. Art. 112—116.] Man muß vielmehr unterscheiden:

I. den Fall, wo eine Gesellschaft einen institor hat, wie bei Handelsgesellschaften unter einer öffentlich bekannt gemachten Firma. Da stimmen allerdings alle Handelsrechte, sowie überhaupt das gemeine Recht darin überein, daß jeder Gesellschafter für die ganze Schuld solidarisch haftet, ohne sich auf die Einrede der Theilung berufen zu können,*) denn der institor

---

*) Daß die Erben eines solchen Gesellschafters nur nach Maßgabe ihrer Erbtheile hinsichtlich der bereits begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschafter haften, l. 14. D. 14. 3., ändert an dem aufgestellten Grundsatze nichts. Lassen

handelt immer mit dem ganzen Willen jedes Prinzipals; l. 2. l. 4. §. 2. D. 14. 1. — l. 13. §. 2. D. 14. 3. — l. 5. §. 1. D. 15. 4., Scherer Handb. d. Wechselr. Thl. II. S. 700., Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. S. 736., Kapff merkw. Rechtssprüche Bd. I. S. 483., Thöl Handelsr. §. 38., Hofacker Princ. jur. civ. §. 2008., Hufnagel Mittheil. H. I. no. 79. Die Einschränkung, welche Einige machen, indem sie die Einrede der Theilung stattfinden lassen, wie Thibaut System §. 544. (Ed. 8.), Sintenis Civilr. Bd. II. §. 121. Anm. 98., oder den einzelnen Gesellschafter nur insoweit solidarisch verbunden erachten, als die übrigen Gesellschafter dazu beitragen können und müssen, also dann nicht, wenn die übrigen alle oder zum Theil insolvent sind, Thöl Handelsr. §. 38., ist wohl hinreichend widerlegt von v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 653. S. 454. u. Glück Thl. XV. S. 466. und auch in Praxi nicht angenommen; v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. §. 271. (179.), Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 480. S. 259. Anm. 2., Heimbach in Weiske's Rechtsl. Bd. IV. S. 690.*)

II. Wenn die Gesellschaft keinen Factor hat, so ist entweder:

A. der Fall, daß die Gesellschafter alle zusammen contrahirt haben, dann haftet jeder nur theilweise für die Schuld; l. 11. §. 1. u. 2. D. 45. 2. — l. 3. C. 8. 40. — Auth. C. de duobus reis. 8. 40. — l. 4. pr. D. 14. 1. — l. 44. §. 1. D. 21. 1. Nach diesen Gesetzen wird auch der von Einigen (s. die bei Glück Thl. XV. S. 462. Anm. 34. angeführten) versuchte Unterschied, ob die Societät noch beisammen ist, oder ein Gesellschafter erst nach geendigter Societät belangt wird, mit Recht von den Meisten verworfen, denn daraus, daß im ersten Fall der Besitz einer gemeinschaftlichen Societätsmasse von selbst volle Zahlung aus derselben zur Folge hat, folgt

---

sie aber den institor forthandeln, so gilt nun jeder von ihnen als Prinzipal; Thöl a. a. O.

*) Von selbst versteht sich übrigens, daß derjenige, welcher die ganze Gesellschaftsschuld zahlt, nach l. 13. §. 2. l. 14. D. 14. 3. den Regreß an die übrigen socii nach Maßgabe ihrer Gesellschaftsantheile zu nehmen hat, und zwar so, daß, wenn einer derselben insolvent ist, die andern für dessen Antheil mit einzustehen haben; v. Vangerow a. a. O.

an und für sich noch nicht die ungetheilte Verbindlichkeit eines jeden Einzelnen und kann daher auch unter den entgegengesetzten Umständen nicht darum wegfallen; Glück a. a. O., Thöl Handelsr. §. 37 a., Thibaut System §. 544., v. Vangerow a. a. O. §. 653., Schweppe a. a. O. §. 480. Anm. 1., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. §. 271. (179.), Leyser Sp. 522. med. 1. Sp. 585. med. 6., v. d. Nahmer Entscheid. d. O.-A.-G. zu Wiesbaden Bd. II. S. 202. Es ist daher nur dies in Frage, ob die Verbindlichkeit pro rata von Viriltheilen oder von Gesellschaftsantheilen (nämlich nach Maßgabe des Gewinn- und Verlust-Antheils eines Jeden) zu verstehen sey. Das Erstere nimmt Kritz P.-R. S. 129. an, und scheint auch das Natürlichste, wenn man von der Ansicht ausgeht, daß den Dritten die Verhältnisse der Gesellschaft nichts angehen; allein sehr deutlich ist das Zweite in den Gesetzen ausgesprochen, l. 4. pr. D. 14. 1. — l. 44. §. 1. D. 21. 1., welche von dem Gesichtspunkte auszugehen scheinen, daß derjenige, welcher mit einer Gesellschaft contrahirt, sich stillschweigend dem Gesetz ihrer Verbindung ergibt; Thöl a. a. O. S. 119., v. Vangerow a. a. O. Oder

B. der contrahirende Gesellschafter hat — ohne institor oder mandatarius der Uebrigen zu seyn — doch das Geschäft für die Societät abgeschlossen. Ratihabiren diese, so ist der Fall gleich mit dem sub no. I.; l. 60. D. 50. 17. Erfolgte eine Genehmigung nicht, so hat der Dritte nur ein Klagrecht gegen denjenigen, mit welchem er contrahirte, wofern nicht für die Anderen ein besonderer Verpflichtungsgrund eintritt, welcher allerdings durch die Verwendung in ihren Nutzen entstehen kann. Bezweifelt könnte zwar werden, ob der Dritte deshalb eine act. de in rem verso gegen die übrigen Socios habe, oder nur der contrahirende Socius, welcher zahlen mußte, von den übrigen mit der act. pro socio theilweisen Ersatz der Verwendungen fordern könne, Sell Versuche im Gebiete d. Civilr. Thl. I. §. 21. S. 46 ff; allein auch nach Sell's Ansichten schlägt das Princip: quod nemo cum damno alterius locupletior fieri debet durch, und so ist nach l. 82. D. 17. 2. sehr allgemein mit Recht angenommen, daß der Dritte gegen die übrigen Gesellschafter klagen könne, wenn die Societät durch das Geschäft bereichert ist, und zwar gegen jeden nach

Maßgabe seines Antheils an der Bereicherung;*) l. 10. §. 4. l. 13. D. 15. 3., Thöl a. a. O., v. Vangerow a. a. O. §. 653., Glück Thl. XV. S. 468. lit. b., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 306., Heimbach in Weiske's Rechtsl. Bd. IV. S. 690., v. Wening-Ingenheim a. a. O., Schweppe a. a. O., Thibaut a. a. O.

C. Ein Gesellschafter hat blos in eigenem Namen contrahirt. Daß der Dritte auch in diesem Falle nicht blos gegen seinen Contrahenten, sondern, wenn dessen Gesellschafter Nutzen aus dem Geschäft gezogen haben, auch gegen diese ein Forderungsrecht habe, wie Thöl a. a. O. und Glück a. a. O. S. 468. lehrt, ist wohl schwerer anzunehmen, weil dies — wie v. Vangerow a. a. O. bemerkt — zu sehr mit den sonstigen Grundsätzen des römischen Rechts in Widerspruch stände. Wenn man freilich mit Sell das Princip an die Spitze stellt, daß das Recht schlechterdings keine Bereicherung auf Kosten eines Andern dulde, so mag wohl auch die Uebereinstimmung mehrerer Rechtsgelehrten mit Glück's Meinung, z. B. Schweppe und v. Wening-Ingenheim a. a. O., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 2008. i. f., Leyser Sp. 185. med. 1—3., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XVII. tit. 2. §. 40—42., Schilling Lehrb. Bd. III. §. 316. S. 522., sich rechtfertigen.**) Ganz unbedenklich behauptet zwar Höpfner Instit. §. 912. Anm. 8., daß, wenn der contrahirende Socius, ohne zwar die Societät zu benennen, auf seinen Namen, aber doch aus einer wirklichen Vollmacht der Gesellschaft gehandelt hat, die Socii verpflichtet werden, wenngleich der andere Contrahent nicht gewußt hat, daß er mit einer Societät contrahire, aber aus leicht erachtlichen Gründen dissentiren Leyser Sp. 185. med. 1., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XVII. tit. 2. §. 41. Die Haftung neu eintretender Gesellschafter für frühere Gesellschaftschulden kann nicht abgelehnt werden, wenn Jemand mittelst ordnungsmäßigen Börsen-Anschlags ohne allen Vorbehalt und

*) Wie es die Grundsätze über versio in rem hier nothwendig mit sich bringen.

**) l. 82. D. 17. 2. Jure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt. — arg. l. 10. §. 4. l. 13. D. 15. 3.

ohne Veranstaltung einer Liquidation mit den bisherigen Gläubigern in eine schon bestehende Handlung mit unveränderter Beibehaltung der bisherigen Firma eintritt; Erk. d. O.-A.-G. zu Lübeck in Seuffert's Archiv Bd. II. S. 235.

Zu 2) Wenn sämmtliche Gesellschafter den Vertrag geschlossen haben, so kann jeder nur pro rata klagen; l. 11. §. 1. D. 45. 2. Ist der Contract nur von Einem oder Einigen abgeschlossen, so können die Andern in der Regel nicht gegen den Dritten klagen, wenn sie sich nicht von dem Contrahirenden die Klage cediren oder durch Vollmacht autorisiren lassen. Nur dann, wenn der Contrahirende institor oder Mandatar der Uebrigen war, gestattet ihnen die Praxis actionem utilem, v. Vangerow a. a. O. §. 652., oder auch, wenn sie von dem Factor keine Befriedigung erlangen können; l. 5. i. f. D. 46. 5. — l. 1. i. f. l. 2. D. 14. 3., Glück Thl. 15. §. 970. S. 461., Heimbach a. a. O. S. 690., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. §. 271. (179.) [Vergl. A. D. H.-G.-B. Art. 111. 117.

Zu 3) Nach gemeinrechtlichen Grundsätzen haftet der Commanditist den Gläubigern der Societätshandlung nicht direct*), sie haben kein directes Klagrecht gegen ihn, denn der Complementar contrahirt nicht in des Commanditisten, sondern in seinem eigenen Namen. Er haftet daher dem andern Contrahenten selbst dann nicht, wenn ihm der Complementar das Commanditenverhältniß zur Kenntniß gebracht hat, denn die bloße Erwähnung der Schuldners, daß er einen Socius habe, verbindet diesen dem Contrahenten noch nicht; l. 64. D. 18. 1., Thöl Handelsr. §. 42. Wenn aber Concurs entsteht, so kann die Concursgläubigerschaft, indem sie alle Rechte des Cridars auszuüben hat, auch gegen den stillen Gesellschafter, insoweit dieser eingegangene Verbindlichkeiten unerfüllt gelassen hat, auf nachträgliche Erfüllung klagen. — Da kann denn auch in Frage kommen, ob der Commanditist, welcher einige Zeit als solcher Gewinn bezogen hatte, nachgehends, wenn das Handelshaus mit Verlust speculirte, zu einer Restitution seines früheren Gewinns angehalten werden könne? Ueber diese Frage sind die Meinungen der Rechtsgelehrten und die Urtheile der Gerichtshöfe sehr verschieden. Wohl kann dann die Zurückzahlungsverbind-

*) Darin sind wohl alle Handelsrechte übereinstimmend, obwohl die Particulargesetzgebungen übrigens sehr in Ansehung der Vorschriften über sociétés en commandite differiren; Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 556. (§. 502.), Thöl a. a. O. [Ganz neue Grundsätze sind im A. D. H.-G.-B. aufgestellt, welches die Commanditgesellschaft (Art. 150. 157. 165.) und die stille Gesellschaft (Art. 250. 252. 256. 258.) unterscheidet.

lichkeit keinem Bedenken unterliegen, wenn dem früher hinausgezahlten Gewinn eine unrichtige Berechnung zum Grunde lag, und vielmehr bewiesen werden kann, daß zur Zeit der Dividende ein Gewinn wirklich nicht vorhanden war; Mittermaier a. a. O. S. 746. §. 556. (der 6ten, hier von den früheren abweichenden Auflage) und das in Elvers' Themis Bd. II. S. 378. angeführte Erkenntniß der Cour Royale in Colmar. Allein dies ist wohl nur der seltenere Fall, vielmehr wird, ohne daß man die früheren Bilancen als unrichtig verwerfen könnte, die Ursache der Differenz meistens darin liegen, daß in der bewegten Handelswelt an Stabilität überhaupt nicht zu denken ist. Aber eben deswegen, weil die in Folge der jährlichen Handlungs-Inventur im Laufe der Geschäfte gezogenen Bilance nur muthmaßliche Werthe darstellen können, solange die Waaren nicht wirklich zu den angenommenen Preisen an den Mann gebracht, die Activausstände wirklich eingegangen sind, forderts es die Natur der Sache, daß diese periodischen Abschlüsse nur als Provisorien, die Zutheilungen nur als eventuelle angesehen werden dürfen, und Alles, was ein Socius während der Dauer der Societät herausbekommt, nur vorbehaltlich des Endresultats bezogen erachtet werden kann. Es scheint daher die Meinung derjenigen die richtige zu seyn, welche den periodischen Dividenden keine definitive Eigenschaft beilegen, und daher den Empfänger der Gewinne auch zur Deckung der späteren Verluste insoweit mit anziehen;*) Büsch Darstellung des Handels Bd. II. S. 332., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 387. bezüglich l. 27. D. 17. 2., Pöhls Recht der Actiengesellschaften S. 239., Desselben Handelsr. Bd. I. §. 98. — Nicht allein nach dem vernünftigen, sondern auch nach dem gesetzlichen Begriff kann ein wirklicher Gewinn oder Verlust nur im Endresultat gefunden werden, l. 30. D. 17. 2.: neque enim lucrum intelligitur, nisi *omni* damno deducto, neque damnum nisi *omni* lucro deducto. Thöl a. a. O. §. 42.**) meint zwar: wenn im Societätsvertrag alljährliche Gewinn- und Verlustesberechnung und Vertheilung ausgemacht war, so müßte man, um die Gläubiger für berechtigt zu halten,

*) Für diese Ansicht führt Mittermaier auch einen Würtemb. Gesetzentwurf v. J. 1839. Art. 241. und dessen Motive S. 200. an.

**) Welcher, sowie auch Schauberg Beiträge zur Kunde der Züricher Rechtspflege, unter Anführung der Literatur über diese Streitfrage Bd. I. S. 335—383., der entgegengesetzten Meinung ist. Mehreres hierüber s. Schiebe v. d. Handelsgesellschaft S. 139., Laukhard Rechtsf. Bd. III. S. 410., Büller Diss. quae sit obligatio contrahentium in societate en command. Goett. 1837.

den Gewinnempfänger aus den Vorjahren zu einer Zurückzahlung anzuhalten, voraussetzen, daß die Gläubiger befugt seyen, solchen Vertrag anzufechten, was denn doch wohl Niemand annehmen werde. Dagegen läßt sich aber einwenden: Während die Gesetze so bestimmt für Entscheidung aller Societätsstreitigkeiten den Geist der Billigkeit als herrschendes Princip aufstellen, ist man nicht befugt, solchem Vertrage eine Deutung zu geben, welche dem eben bemerkten vernünftigen und gesetzlichen Begriff des Gewinn- und Verlustrechts widerstreben würde, wenn man den periodischen Gewinn als unwandelbar setzen und nicht erst omni damno deducto als definitiven Erwerb gelten lassen wollte. Man sagt zwar ferner: die gezogenen Vortheile seyen schon in das Eigenthum des Commanditisten übergegangen, mit welchem er nicht zu haften habe, weil seine Haftung auf seine Capital-Einlage rechtlich beschränkt sey; Bender Handelsr. §. 153. Dieser Grund befriedigt aber nicht, wenn bei jedem periodischen Gewinn die Voraussetzung gilt, daß er nur hypothetisch bestehe, daß die Zutheilung nur eventuell geschehen sey. Einen eigenthümlichen Grund leitet Frey in Elvers' Themis Bd. II. no. 15. aus der historischen Entwicklung der Commanditengesellschaft ab, nach welcher man den s. g. stillen Gesellschafter vielmehr als einen Gläubiger der Handlungsgesellschaft, welcher nur sein Capital vortheilhafter in der Handlung anzulegen bezwecke, ansehen müsse, welcher daher das Prädicat eines Socius nur uneigentlich, oder wohl gar mit Unrecht — wie Kritz Samml. v. Rechtsf. Bd. II. no. 2. behauptet*) — erhalten habe. Ob man aber zu irgend einer Zeit mit einem solchen Capital-Einleger, welcher zu Gewinn und Verlust einsteht, den Begriff eines Gläubigers verbunden habe, scheint sehr gleichgiltig, während das Wesen des Vertrags ganz vom rechtlichen Begriff eines bloßen Schuldvertrags abweicht; Kind Resp. ad quaestiones circa societatem en commandite. Lips. 1823. Man sagt ferner (Frey a. a. O.), der Commanditist unterscheide sich von einem Gläubiger nur insofern, als er die Gefahr seines Vorschusses selbst übernimmt, deshalb müsse ihm der periodische Gewinn als Entgeltung dafür unabänderlich verbleiben; allein würde er dann nicht auf solche Weise von der Gefahr wenigstens theilweise befreit, was er doch nicht seyn soll? — Man führt endlich — Frey a. a. O. — für diese Ansicht das Beispiel eines Handlungsreisenden an, welcher nebst kleinen Taggeldern einen Antheil am Ertrag der Geschäfte erhält. Wenn er nun mehrere Jahre lang die Procente des durch seine Geschäftsreisen er-

*) Vgl. auch Schweizer D. de firma mercatorum pag. 13—16.

zeugten Gewinnes bezogen hat, so werde Niemand behaupten, daß er denselben wieder restituiren müsse, wenn die Handlung später in Verlust geräth. Dieses Beispiel scheint aber in mehreren Beziehungen und besonders um deswillen nicht zu passen, weil der Handlungsreisende als solcher doch niemals Socius wird, vielmehr, was er in dieser oder jener Form bezieht, immer nur Lohn für seine Dienstleistungen ist, und nur aus diesem und keinem anderen Titel ihm gegeben wird, gleichwie Staatsbeamte, welchen gewisse Procente der jährlich durch sie percipirten Staatseinnahmen zugewiesen sind.

---

§. 307.

4. Beendigung*) der Societät und Theilung des Gesellschaftsvermögens.

1) Bezüglich dessen, was im §. 304. zur Fr. 3. über den Theilungsmaßstab bemerkt wurde, kann noch in Frage gezogen werden, ob in einer Societät, in welcher der Eine blos operas, der Andere das Kapital leistet, der an diesem entstehende Verlust blos von demjenigen zu tragen sey, welcher das Geld eingelegt hat?
2) Inwieweit endigt der Tod eines Gesellschafters seine Societätsrechte und Verbindlichkeiten?
3) Inwiefern wird die Societät durch den Untergang des Gegenstandes geendigt?
4) Welchen Einfluß hat eine Veränderung in der Person der unter einer Firma vereinigten Gesellschafter auf die Verbindlichkeiten der Gesellschaft? insbesondere, haften die alten Gesellschafter für die neuen, und die neuen Gesellschafter für die alten Schulden?
5) Kann ein Gesellschafter seinen Gesellschaftsantheil ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter giltig veräußern?
6) Ist die Verarmung eines Socius eine Beendigungsursache der Societät?

Zu 1) Die verneinende Meinung entspringt aus der Voraussetzung Mehrerer, daß das Geld durch die Illation gemeinschaftlich werde,

*) Von der Wirksamkeit einseitiger Aufkündigung s. §. 305. Fr. 1.

mithin auch zu gemeinschaftlichem Verlust gehe. Nach den hierüber im §. 304. zur Fr. 4. gemachten Bemerkungen können wir diese Meinung nicht theilen, sondern müssen uns der bejahenden Meinung zuwenden, welche wohl auch als die herrschende angesehen werden kann, Glück Thl. XV. S. 398. und außer den von ihm in Anm. 85. angeführten Autoritäten auch Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. Med. 153. u. 154.

Zu 2) Durch den Tod auch nur eines von mehreren Gesellschaftern endigt sich die Gesellschaft auch in Absicht auf die überlebenden, wenn nicht bei Eingehung der Societät ausdrücklich ausgemacht worden ist, daß, wenn auch einer von den Gesellschaftern sterben würde, die Gesellschaft dennoch unter den übrigen Mitgliedern fortdauern solle; l. 65. §. 9. D. 17. 2. — §. 5. J. 3. 26., Glück Thl. XV. S. 471., Puchta Pand. §. 372., Thöl Handelsr. §. 39.

Wenn man gleich häufig unter Kaufleuten Societätsverträge findet, welche die Stipulation enthalten, daß an die Stelle des Verstorbenen dessen Erben treten sollen, so kann man doch nicht wohl denjenigen beipflichten, welche, ungeachtet die römischen Gesetze*) eine solche Stipulation für ungiltig erklären, doch h. z. T. dieselbe für verbindend ansehen, wie Lauterbach D. de jure in curia mercatorum usitato §. 76., Wernher sel. obs. for. T. I. P. I. obs. 167., Stryck D. de diversis sociorum pactis §. 32.; denn das gesetzliche Princip, daß ohne besonderes Zutrauen eine Gesellschaft nicht bestehen könne, welches das Gesellschaftsrecht zu einem höchst persönlichen macht, so daß weder der Eintritt erzwungen, noch der Austritt verhindert (l. 14. D. 17. 2.), noch die Dauer unbegrenzt seyn darf, ist unveränderlich, l. 35. l. 52. §. 9. l. 59. pr. D. 17. 2., Glück a. a. O. S. 472., Thöl a. a. O. §. 39. I., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 392., Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. S. 735., Heimbach in Weiske's Rechtsl. Bd. IV. S. 691.

Durch das Aufhören der Gesellschaft hören auch die von Dritten gegen sie übernommenen Verbindlichkeiten auf, und ein gewesener Theilhaber kann nicht auf Fortsetzung der blos gegen die Gesellschaft übernommenen Leistungen klagen; Hagemann prakt. Erörter. Bd. VI. S. 260.

Durch Aufhebung der Gesellschaft können aber Dritte hinsichtlich der aus Contracten gegen sie erlangten Rechte keinen Schaden leiden.

---

*) Abgesehen von dem bei einer Gesellschaft von Zollpächtern stattfindenden Singularrecht; l. 59. pr. D. 17. 2.

Wenngleich die Gesellschaft niemals auf die Erben der Gesellschafter übergehen kann, so tritt doch der Erbe in die Rechte und Verbindlichkeiten ein, welche der verstorbene Gesellschafter bereits erworben und auf sich genommen hat: nec heres socii succedit, sed quod ex re communi postea quaesitum est, item dolus et culpa in eo, quod ex ante gesto pendet, tam ab herede quam heredi praestandum est; l. 65. §. 2 u. 9. D. 17. 2. Der Erbe ist sogar schuldig, das von dem Erblasser Angefangene zu vollenden, l. 40. D. 17. 2., und hat dieserhalb nach der gewöhnlichen Meinung nicht minder dolum et culpam zu prästiren; l. 35. u. 36. l. 40. D. 17. 2., Glück Thl. XV. S. 475., Unterholzner a. a. O. S. 392., Heimbach a. a. O. S. 692.*)

Wenn Concurs über die Gesellschaft ausbricht, so sind die Gläubiger der Gesellschaft aus dem Gesellschaftsvermögen, mit Ausschluß der Privatgläubiger der Gesellschafter, zu bezahlen; Mittermaier a. a. O. §. 555. S. 742. [Anders Thöl §. 38. 5. c., vergl. aber A. D. H.=G.=B. Art. 122.]

Zu 3) Von selbst leuchtet es ein, wenn l. 63. §. 10. D. 17. 2. sagt: neque enim ejus rei, quae jam nulla sit, quisquam socius est etc.; es ist aber wohl zu unterscheiden der Fall, wo ein Geschäft der Gegenstand der Societät, die Sache aber nur das Mittel ist, von dem Falle, wo der Vertrag die Sache selbst zum Gegenstande hat. Diesen Unterschied macht durch ein Beispiel klar l. 58. pr. §. 1. D. 17. 2.

Zu 4) Durch Veränderung der Personen entsteht immer eine neue Gesellschaft (s. Fr. 2.), wenn sie auch die alte Firma beibehält; Thöl a. a. O. §. 39. I. Aber auf was immer für eine Art die Aufhebung der Gesellschaft erfolgen möge, so wird dadurch den Gläubigern gegenüber nichts an den von ihren bisherigen Gliedern eingegangenen Verbindlichkeiten geändert, vielmehr haften für diese die bisherigen Gesellschafter fortwährend; Hagemann prakt. Erörter.

*) Richtiger aber scheint hier Schilling's abweichende Meinung, Lehrb. f. Institt. Bd. III. S. 530. Anm. ff., welcher die Erben wegen der von ihnen zur Vollendung zu führenden Geschäfte nur für dolus und culpa lata verantwortlich hält, denn l. 40. cit. spricht ausdrücklich und einzig vom dolus, aber nur culpa dolo proxima dolum repraesentat; l. 1. §. 2. D. 47. 4. Andere Gesetzstellen, welche von culpa a herede praestanda handeln, l. 36. l. 65. §. 9. D. 17. 2., beziehen dieselbe bestimmt nur auf die ante gesta, also nur auf die culposen Handlungen des Erblassers, und nicht auf die eigenen Handlungen der Erben.

Bd. VI. S. 266. Hieran wird auch dadurch nichts alterirt, daß durch öffentliche Bekanntmachung declarirt wird: Einer der Gesellschaft oder die neue Gesellschaft übernehme sämmtliche Activa und Passiva. Selbst wenn diese Bekanntmachung mit der Erklärung verbunden wäre, daß Stillschweigen der avisirten Handlungsfreunde als Einverständniß hiermit angenommen werde, so könnte doch dadurch den Gläubigern ihr Recht gegen die ursprünglichen Debenten nicht verloren gehen, denn es gibt kein Recht, dem Gläubiger einen andern Schuldner aufzubringen; v. Savigny System Bd. III. S. 248. Auch wenn sich ein Gläubiger mit dem angewiesenen Liquidator bereits eingelassen hätte, dürfte eine Novation nicht sofort angenommen werden, weil der animus novandi ausdrücklich erklärt werden muß; Thöl a. a. O. §. 39. III. Keinem Zweifel unterliegt daher, daß die alten Gesellschafter fortwährend für die alten, und die neuen Gesellschafter für die neuen Schulden zu haften haben. Es fragt sich aber weiter:

A. Haften die alten Gesellschafter auch für die Schulden der neuen Gesellschaft? — Wenn die Veränderung der Gesellschaft auf eine Dritte verbindende Weise bekannt gemacht worden ist, gewiß nicht. Aber auch zufälliges Wissen des Dritten mag wohl dieselbe Folge haben, l. 1. §. 1. D. 19. 1., neque certiorari debuit, qui non ignoravit. Wenn aber der Dritte auch unbekannt mit der Veränderung war, so könnten dem, welcher mit dem neuen Gesellschafter contrahirt hat, die alten Gesellschafter nur dann haften, wenn er mit einem solchen Gesellschafter oder Dritten contrahirte, welchen er für einen Institor der alten Gesellschaft anzusehen berechtigt war, nach den Grundsätzen, welche über die Aufhebung des Institorenverhältnisses gelten; Thöl a. a. O. [A. D. H.-G.-B. Art. 25.]

B. Haften die neuen Gesellschafter für die Schulden der alten Gesellschaft, besonders wenn die neue Gesellschaft unter der alten Firma auftritt? — Wohl müßte man dieses bejahen, wenn man von dem Gesichtspunkte ausgehen dürfte, daß, wenn eine Handlungsgesellschaft unter einer bestimmten Firma Geschäfte treibt, diese als eine juristische Person, mithin als das eigentliche Rechtssubject aller Namens der Handlung eingegangenen Rechtsgeschäfte anzusehen sey,*) mithin der Wechsel

*) Diese Ansicht scheint sehr verbreitet; vorzüglich ist sie ausgeführt von Hassenpflug in Elvers' Themis Bd. I. S. 59. unter Anführung einer Ent-

der Inhaber, so lange nicht eine besondere Aufforderung an die Gläubiger und eine eigene Liquidation vorgegangen ist, ohne Einfluß auf das eigentliche Subject der Verbindlichkeiten sey, vielmehr der neu Eintretende durch seinen Eintritt stillschweigend die auf der Firma haftenden Verbindlichkeiten übernommen habe, welche er ja kannte, wenigstens kennen konnte und sollte. Allein dagegen wird wohl mit Recht eingewendet, daß für die Unterstellung einer juristischen Person keine gesetzliche Grundlage zu finden ist, Thöl a. a. O. §. 39. IV. 4., Schweitzer Qu. for. de Firma mercatorum Specimen. Lips. 1803. pag. 45. sq., Erk. d. O.-Trib. zu Stuttgart in Seuffert's Archiv Bd. VI. H. 3. S. 344., ebenso ein Erk. d. Juristenfacultät in Leipzig in Seuffert u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. XXI. S. 276., daher auch nicht gegen eine Firma ohne Benennung der Inhaber derselben geklagt werden kann. Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 555. S. 739.: „Die offene Gesellschaft darf nicht als ein neues Rechtssubject, oder selbst als eine juristische Person angesehen werden." — Wie sollte, sagt der ungenannte Verfasser einer umfänglichen Widerlegung der Hassenpflug'schen Abhandlung (gleichfalls in Elvers' Themis Bd. I. S. 509.), einzelnen Staatsbürgern die Befugniß zukommen, durch eine bloße willkürliche Benennung eigene juristische Personen zu schaffen, und diese ohne alle Concurrenz der Staatsgewalt zu Rechtssubjecten zu machen?

Hat man es demnach blos mit physischen Personen zu thun, so gerathen diejenigen, welche behaupten, daß der, welcher eine Handlung unter der vorigen Firma fortsetzt, damit Schuldner der bisherigen Gläubiger des vorigen Inhabers werde, auf unauflösliche Schwierigkeiten. Entweder, soll durch das Verbundenseyn des neuen Inhabers der Handlung der vorige Schuldner nun quitt seyn? so würde man damit die unzulässige Behauptung aufstellen, daß es einem Schuldner frei stehe, ohne Zustimmung seines Gläubigers sich seiner Verbindlichkeit zu entschlagen und statt seiner einen andern Schuldner zu sub-

---

scheidung des Kurhessischen O.-A.-G. vom 12. April 1824., sowie eines Parere der Frankfurter Handelskammer vom 23. Novbr. 1824., Treitschke Lehre v. d. Gewerbsgesellschaft §. 62., Tabor Beitrag zur Erörterung der Verbindlichkeiten, welche aus dem Eintritt in eine Handlungs-Firma entstehen. Frankfurt a. M. 1826. Sie erscheint auch als Grundlage eines in v. Hartitzsch Entscheid. no. 210. angeführten Erkenntnisses des A.-G. zu Leipzig.

stituiren; oder: soll der ursprüngliche noch neben dem neuen Schuldner verhaftet bleiben und der Gläubiger berechtigt seyn, an jenen und auch an den, welcher die Handlung fortsetzt, sich zu halten? Dann ist nicht wohl einzusehen, wie die Verbindlichkeit sich verdoppeln und wie Jemand obligirt werden könne, der nicht contrahirt hat.

Nicht zu irren glauben wir, wenn wir behaupten, daß der Gläubiger der alten Gesellschaft die Klage zwar nur gegen die Personen, mit welchen er contrahirt hat, richten müsse, aber immerhin, die Execution in das Handlungsvermögen zu suchen, von einem neu eingetretenen Gesellschafter nicht verhindert werden könne; vergl. §. 306. zu Fr. 1. [Vergl. A. D. H.=G.=B. Art. 111. u. 113.]

Zu 5) Er kann es nur so lange, als nicht auf Theilung des gemeinschaftlichen Vermögens geklagt ist, l. 16. D. 12. 1. — l. 68. pr. D. 17. 2. — l. 3. C. 4. 52.; ist aber die Theilungsklage gerichtlich anhängig gemacht, so kann Keiner mehr seinen Antheil ohne Zustimmung der andern Miteigenthümer veräußern, l. 1. i. f. C. 3. 37. [Vergl. A. D. H.=G.=B. Art. 98.]

Zu 6) Sie ist es nur dann, wenn der Socius sein ganzes Vermögen verloren hat, es sey nun durch Confiscation, oder durch Concurs; §. 7. u. 8. J. 3. 25. — l. 65. §. 12. D. 17. 2. — l. 22. §. 5. D. 17. 1. — Gaj. III. §. 154.

---

§. 308.

5. Von Actiengesellschaften insbesondere.

1) Bedarf ein Actienverein zu seiner Giltigkeit obrigkeitlicher Bestätigung?
2) An wen haben sich diejenigen zu halten, welche Geschäfte mit der Gesellschaft abschließen?
3) Hat die Gesellschaft gegen einen Theilnehmer, welcher seine versprochene Einlage nicht ganz bezahlt hat, auch dann ein Klagrecht, wenn er seine Actie weggegeben hat?
4) Kann ein Theilnehmer, welcher schon eine Dividende erhielt, zur Zurückgabe des Empfangenen angehalten werden, wenn später Verlust eintritt?
5) Genügt die Stimmenmehrheit einer Generalversammlung, wenn es sich davon handelt, den Mitgliedern neue Verpflichtungen aufzulegen?

6) Wer hat bei Actiengesellschaften einen der Gesellschaft deferirten Eid zu leisten?
7) Haften die Unterzeichner eines Actienunternehmens auch dann noch, wenn sich ergibt, daß der Gesellschaftszweck nicht zu erreichen ist, für die doch nur in der Voraussetzung der Realisirbarkeit festgesetzten Beiträge?
8) Wenn die Vereinsstatuten dem Vereine das Recht gewähren, ein mit den Ratenzahlungen säumiges Mitglied, wenn die Zahlungsaufforderung fruchtlos geblieben ist, von dem Vereine auszuschließen, kann dann nicht vis major zur Entschuldigung gereichen?

Zu 1) Gewöhnlich wird in den neueren Landesgesetzen die obrigkeitliche Bestätigung erfordert; gemeinrechtlich wäre sie für eine bloße Gesellschaft nicht nöthig;*) allein gleichwie ein Actienverein überhaupt so viel Abweichendes**) von einer gewöhnlichen Societät hat, daß man ihn eher als eine universitas quaestuaria, denn als eine societas quaestuaria ansehen dürfte, Kritz Samml. v. Rechtsf. Bd. V. no. 6., so liegt auch in seinem Wesen gewöhnlich das Bedürfniß, als eine universitas, als eine juristische Person anerkannt zu werden,***) wozu dann obrigkeitliche Confirmation nach allgemein geltenden Grundsätzen nothwendig erfordert wird. [Seuffert's Archiv I. no. 54. XII. no. 58., Zeitschr. f. d. gesammte Handelsr. I. S. 172., A. D. H.-G.-B. Art. 208. Renaud R. d. Actiengesellschaften §. 31—33.]

Zu 2) Dem Dritten haftet derjenige Verwalter, welcher mit ihm

---

*) Mittermaier deutsch. Privatr. S. 748., Thöl Handelsr. §. 44.

**) Z. B. daß bei der societas vorzüglich auf die Persönlichkeit der Contrahenten gesehen wird, welche dagegen beim Actienverein ganz in den Hintergrund tritt; daß der Tod eines Theilnehmers das Verhältniß dieser Gesellschaft nicht aufhebt, daß die einzelnen Theilnehmer Dritten nicht haften; daß der Austritt Einzelner oder auch der Concurs einzelner Theilnehmer nicht die Auflösung der Gesellschaft bewirkt u. dergl., Mittermaier a. a. O. S. 749 ff., Pöhls d. R. der Actiengesellschaften. Hamburg 1842., Sintenis D. de societate quaestuaria, quae dicitur Actiengesellschaft. Lips. 1837., Renaud Recht d. Actiengesellschaft §. 4.

***) [Renaud Recht d. Actiengesellschaft §. 11.] Insbesondere ist die Existenz eines Actienvereins mit begebbaren, au porteur gestellten Actien nothwendig dadurch bedingt, daß ihm Rechte einer Corporation ertheilt werden, da ein solcher, während die Mitglieder nie vollständig bekannt sind, nur durch gesetzliche Vertreter als moralische Person repräsentirt werden kann.

im Namen der Gesellschaft contrahirt hat. Er ist allein der rechte Beklagte, die einzelnen Actionäre haften den Gläubigern direct gar nicht. Zweifelhaft ist es aber, ob Jener nur in der Maße eines Institors hafte, mithin die Execution nur an den Gesellschaftsfond oder allenfalls durch Klagencession an die mit ihren Beiträgen rückständigen einzelnen Actionäre verweisen könne. Dies behauptet Thöl Handelsr. §. 46., und Mittermaier a. a. O. S. 748. scheint damit übereinzustimmen; es ist aber als eine Ungerechtigkeit gegen den andern Contrahenten lebhaft bestritten von Kritz a. a. O. Bd. III. §. 7. u. 8. S. 330.,*) denn das vom Institor geschlossene Geschäft verbinde ihn ebenso, als wenn das Geschäft sein eigenes wäre. Das Recht des Gläubigers werde dadurch nicht verringert, sondern vielmehr durch die act. adjectitiae qualitatis gegen den Präponenten verstärkt. Wer mit einem Factor über Geschäfte contrahirt, denen dieser vorgesetzt ist — sagt Höpfner Institt. §. 1149. — kann a) gegen den Factor selbst, b) gegen den Prinzipal klagen. Den Gläubigern des Actienvereins kann ebensowenig die Hilfsvollstreckung in das Privatvermögen der Vorsteher, als in das Gesellschaftsvermögen versagt werden. Vorsteher, welche an die Stelle früherer Directoren treten, werden beurtheilt wie die, welche eine Handlung cum Activis et Passivis übernommen haben. Der, welcher mit den Vorgängern contrahirt hat, hat das Klagrecht gegen die neu Eingetretenen, ohne es gegen den früheren Schuldner zu verlieren; s. Zeitschr. f. Rechtspflege u. Verw. Bd. IX. S. 274., Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1842. S. 329. [A. D. H.-G.-B. Art. 230. 231. 241., Renaud a. a. O. §. 56.]

Zu 3) Nach den Grundsätzen von der Cession muß man dies durchaus bejahen, denn man kann wohl erworbene Rechte ohne und wider Willen des Verpflichteten cediren, aber nicht Verbindlichkeiten wider Willen des Berechtigten auf einen Andern übertragen. Man muß den zu errichtenden von dem errichteten Actienverein unterscheiden. Wenn Jemand — meistentheils geschieht es von einer Mehrheit von Personen — bekannt macht, es solle eine Actiengesellschaft mit einem

*) Es kommt dabei auch in Betracht, daß durch eine willkürliche Firma nicht die Rechte einer moralischen Person erlangt werden können. Die im Namen einer nicht durch landesherrliche Bestätigung in die Reihe moralischer Personen eingetretenen Gesellschaft contrahirenden Personen mögen sich daher keinesfalls entbrechen, dieselbe für ihre Personen zu vertreten; s. ein in Schwarze u. Heyne Unters. prakt. wichtiger Materien S. 317. angeführtes Erkenntniß der Leipziger Juristenfacultät.

Capital von 100,000 Thlrn. in Raten zu 300 Thlrn. errichtet werden, und zu dem Ende zur Zeichnung von Actien auffordert, und, wie dies häufig der Fall ist, bei der Zeichnung abschlägliche Einzahlung bedingt, so geben die Unterzeichnenden gegen den Auffordernden und sich unter einander das Wort, daß sie eine solche Societät mittels der von ihnen geforderten Leistung, Entrichtung des Nominalbetrags einer Actie, herstellen wollen. Dieses Versprechens können sie sich nicht entbrechen, indem sie die Actien beliebig auf einen Andern übertragen. Jeder Unterzeichner ist vielmehr einem jeden der übrigen Unterzeichner verpflichtet, das Versprechen zu erfüllen. Ein Anderes ist es freilich, wenn im Programm der Unternehmer die Actien schon vom Augenblick der Zeichnung an begebbar seyn läßt; gewöhnlich wird dies aber nur erst dann gestattet, wenn bereits ein großer Theil der Ratenzahlungen erfolgt ist. [A. D. H.=G.=B. Art. 222. 223., Renaud a. a. O. §. 39—41.]

Zu 4) Man wird hier öfters auf die im vorigen §. 3. zur Fr. 3. angeführten Grundsätze verwiesen, Mittermaier a. a. O. S. 749.; allein die oben zur Fr. 1. bemerkten großen Eigenthümlichkeiten des Actienvereins berechtigen durchaus, eine Gleichstellung auch mit der société en commandite zurückzuweisen. Was dort von uns angenommen, von Andern widersprochen wurde, ist auf den Actienverein ganz unanwendbar, vielmehr die verneinende Entscheidung unzweifelhaft, da durch die Begebbarkeit der Actien die Theilnahme der Actionaire im Voraus als eine blos periodische und vorübergehende erklärt ist, und mit Einzahlung der Actie jede weitere Verbindlichkeit der Actionaire aufhört. Thöl a. a. O. §. 46. sagt hierüber: für die Nichthaftung entscheidet der Grund: die Actionaire wollen, wenn nichts anderes ausgemacht worden ist, nur mit dem Capital der Actie, nicht auch mit der verfassungsmäßig ausgetheilten Dividende einstehen, dieser Wille entscheidet aber gegen die Gläubiger, weil diese, wird unter einer namenlosen Firma contrahirt, wenn sie sich nicht erkundigen, dem wirklichen inneren Verhältniß sich ergeben, wenn sie sich erkundigen, die Summe des Actiencapitals und nur diese genannt ist. Hiermit stimmt überein Pöhls R. d. Actiengesellschaft S. 241., mit der Voraussetzung, daß Actiengesellschaften ihre jährlichen Abrechnungen öffentlich ablegen oder bekannt machen. Indem nämlich Jedermann weiß oder wissen kann, daß Dividenden ausgetheilt werden, muß angenommen werden, daß Derjenige, welcher der Actiengesellschaft creditirt, dem Fond nach Absetzung der Dividende creditirt. [A. D. H.=G.=B. Art. 218., Renaud a. a. O. §. 64. u. 65.]

Zu 5) Nach allgemeinen für jede Communion geltenden Grundsätzen muß man dies wohl verneinen; Mittermaier a. a. O. Bd. II. S. 749., Treitschke in d. Zeitschr. für deutsch. R. Bd. V. S. 341. [A. D. H.-G.-B. Art. 216. 219. in Verb. m. Art. 215., Renaud a. a. O. §. 50. 51.]

Zu 6) Da jeder Actienverein nur als universitas ordinata bestehen kann, so leidet es wohl keinen Zweifel, daß der Eid von den Vorstehern zu leisten ist, vergl. Bd. I. S. 279. zur Fr. 7. — l. 97. D. 35. 1. — l. 14. D. 50. 1. — v. Savigny Syst. Bd. II. §. 92., v. Linde in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. XVIII. S. 280., Deurer im civilist. Archiv Bd. XXV. S. 210., Klein merkw. Rechtssprüche der Halleschen Juristenfacultät Bd. II. S. 51. [A. D. H.-G.-B. Art. 232. u. Renaud a. a. O. §. 57. S. 527 ff.]

Zu 7) Die in dem vielfach ventilirten Streit des Rhein-Weser-Eisenbahn-Directoriums gegen die Actionaire erfolgte bejahende Entscheidung des K. Sächs. O.-A.-G.*) verfehlt nicht, unsere Ueberzeugung zu gewinnen, Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. S. 750. §. 557. Anm. 28., Günther Pr. de consociationibus, quae Actienvereine dicuntur Lips. 1842. In thatsächlicher Beziehung ist zu bemerken, daß der Gesellschaft die Rechte einer Corporation zugestanden waren, ferner, daß sie zwar schon vorbereitende Schritte zur Auflösung des Vereins gethan, aber ihr Fortbestehen bis zur gänzlichen Abwickelung ihrer Verhältnisse ausdrücklich gewahrt und eine 2jährige Frist hierzu und für die Fortdauer der Corporationsrechte vom Ministerium bewilligt erhalten hatte. Es stand ihr aber entgegen, daß sie das factische Anerkenntniß der Unausführbarkeit nicht wohl von sich ablehnen konnte, daher die verklagten Actionaire, nach l. 63. §. ult. D. 17. 2.: neque enim ejus rei, quae jam nulla sit, quisquam socius est, Verbindlichkeiten für den vorgesetzten Zweck mit Grund widersprechen und vielmehr behaupten konnten, daß als Einschuß nichts mehr von den Actionairen geforden werden könne, vielmehr das Directorium nur insofern Ansprüche gegen die Einzelnen zu machen berechtigt wäre, als dasselbe durch eine der Generalversamm-

*) Sie findet sich abgedruckt in Kritz Samml. von Rechtsf. Bd. V. S. 204 ff., vergl. J. F. Weichsel Beleuchtung des in der summar. Proceßsache der Direction der Rhein-Weser-Eisenbahn wider den Kaufmann C. E. v. K. vom K. Stadtgericht zu Berlin am 26. October 1838. ausgesprochenen Erkenntnisses, ein Beitrag zu der Rechtslehre über Gesellschaften und Corporationen überhaupt, sowie über Actiengesellschaften insbesondere, Leipzig 1839., Marbach Rechtscharakter der Actiengesellsch. Lpz. 1844.

lung abzulegende und von dieser anzuerkennende Schlußrechnung, oder wenn zu einer Schlußrechnung im engeren Sinne nicht sofort zu gelangen, dennoch aber sofortiger Geldbedarf zum Behufe der Abwickelung liquider Passivverhältnisse vorhanden wäre, eine aus dem Gesichtspunkte des Bedarfs bei der Liquidation gefertigte Abrechnung darthun würde, wie viel jeder Actionair zu Abwickelung der Verhältnisse definitiv oder doch jedenfalls vorläufig noch beizutragen habe. Dagegen kam aber vorzüglich der Unterschied in entscheidende Betrachtung, welcher zwischen einer bloßen Privatgesellschaft und einer Corporation dahin stattfindet, daß jene unter gewissen Umständen von selbst ein Ende nehmen kann, eine Corporation aber, gleichwie sie nur durch die von der Staatsregierung erlangte Bestätigung zur Existenz gelangt, so auch, wenn sie einmal auf diese Weise in das Leben getreten ist, so lange fortbesteht, als sie nicht ebenfalls unter Autorisation der Staatsregierung wieder aufgelöst worden ist. Es wäre aber auch, wie Pöhls R. d. Actiengesellsch. §. 60. bemerkt, ganz unpraktisch, wenn man annehmen wollte, daß von dem Augenblicke an, wo die Ausführung des Zwecks eines Actienvereins als unerreichbar erschienen oder aufgegeben worden wäre, bereits verfallene Beiträge einzelner Actionaire nicht weiter eingefordert werden könnten, sondern nunmehr zuvörderst Rechnung abgelegt werden müßte, und der Anspruch lediglich auf verhältnißmäßige Uebertragung des Verlustes zu richten sey. Der einmal in das Leben getretene Verein ist nämlich offenbar so lange solvent, als bereits fällige Beiträge ausreichen, die gegen dritte Personen übernommenen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Wird der Zweck des Vereins aufgegeben, so ändert dies in den rechtlichen Verhältnissen der Vertreter des noch solventen Vereins den Gläubigern des letztern gegenüber nicht das Geringste. Bis zu dem Augenblick der definitiven Auflösung des Vereins müssen daher auch den Vertretern desselben die Mittel gewährt werden, Verpflichtungen des Vereins zu erfüllen. Daß sie künftig über Einnahme und Ausgabe Rechnung abzulegen haben, versteht sich von selbst. Allein diese Berechnung kann der Einziehung bereits fälliger Actien-Raten nicht vorausgehen, weil es außerdem an dem erforderlichen Kassenbestande zu Deckung der Ausgaben fehlen würde, auch vor definitiver Auflösung des Actienvereins der Umfang der letzteren nicht vollständig zu übersehen ist, und ebensowenig im Voraus bestimmt werden kann, welches Resultat sich bei später versuchter Beitreibung der Reste ergeben würde. Wie aber die Vertreter des Vereins in dieser Hinsicht keine Gefahr zu übernehmen haben, so liegt denselben auch wenigstens

präsumtiv niemals die Verbindlichkeit ob, aus eigenen Mitteln Verläge zu bestreiten. — Die Gesellschafter haben einmal bis zu der stipulirten Summe sich verpflichtet, auch zu den Societätsschulden beizutragen, die Einhaltung der Zeit, zu welcher eine Schuld fällig wird, ist aber Theil der Verbindlichkeit, oder selbst eine Verbindlichkeit.*)

Zu 8) Ziemlich allgemein scheint der von uns oben im allgem. Theil (Kap. V. §. 242. sub *β.* zur Fr. 2.) aufgestellte Grundsatz angenommen zu seyn, daß ein subjectives Hinderniß, selbst eine wenn auch unverschuldete, doch blos subjective Unmöglichkeit der versprochenen Leistung nicht von der Conventionalstrafe befreie. Es ist wenigstens nur unter dieser Voraussetzung consequent, wenn in einer schiedsrichterlichen Entscheidung des Falles, in welchem der Actionair von Erwerbung der Actie an, bis zu dem Tage, an welchem das Präjudiz eintreten sollte, schwer erkrankt und bewußtlos darnieder gelegen war, nur auf restitutio in integrum gesprochen wurde.**) Von Restitution kann aber freilich hier gar nicht die Rede seyn; denn das Statut kann ja nur als Vertrag betrachtet werden. Ist nun dasselbe so auszulegen, daß der Actionair sich dem Zufall unterworfen, die Gefahr des Zufalls auf sich genommen hat, oder nicht? Im letzteren Fall braucht er keine Restitution und im ersteren kann sie gegen freiwillig übernommene Verpflichtungen nicht gegeben werden. Die mildere und billige Auslegung, nam homo sum et nihil humani a me alienum puto, welcher wir im Bd. I. S. 226. Fr. 25. gefolgt sind, behauptet auch Mittermaier a. a. O. Bd. II. S. 749. XV. und Meno Pöhls Recht der Actiengesellsch. S. 231. In manchen

*) In den oben erwähnten Processen erzeugte ein anderer Umstand noch eine weitere Streitfrage. Die Statuten des Actienvereins hatten gegen säumige Contribuenten das Recht festgesetzt, sie entweder zur Zahlung anzuhalten, oder ihre Actien mit Verlust des bereits Eingezahlten für erloschen zu erklären. Nun hatte man sich durch die Zahlungsverweigerung vieler Actionaire zu dem Beschluß veranlaßt gefunden, dieselben von den Generalversammlungen, in so lange sie nicht ihre fälligen Beiträge bezahlt haben würden, auszuschließen. Hieraus zogen die Renitenten die Folgerung, da die zweite Alternative gegen sie ergriffen und vollzogen worden sey, so könne nicht mehr auf die erste zurückgegangen werden. Die Entscheidung erfolgte jedoch gegen sie, indem in der temporairen Zurückweisung von einzelnen Generalversammlungen noch keineswegs definitive Ausschließung von dem Vereine selbst enthalten sey; Kritz Samml. ꝛc. Bd. V. S. 204 ff.

**) Ueber Versäumnisse und deren Entschuldigung bei Actiengesellschaften. Vom Appellationsgerichtspräsident Ritter Dr. Beck. Aus dem ersten Heft der Zeitschr. für Rechtspflege u. Verwaltung in Sachsen besonders abgedruckt. Leipzig 1838. S. 8.

Gesetzen, z. B. dem Würtemb. Gesetzentwurf u. Motive dazu S. 175. ist vis major ausdrücklich berücksichtigt. Der milderen Ansicht folgte auch das O.-A.-G. in Cassel in Betreff der in einem Wittwen-Pensions-Statut auf unterlassene Einzahlung der periodischen Beiträge gesetzten Caducitätsstrafe, indem es der Direction die discretionaire Befugniß zustand, durch Zulassung nachträglicher Zahlung jeden Schaden von dem Institut abzuwenden und die ungestörte Fortsetzung des beiderseitigen Rechtsverhältnisses wiederherzustellen, Pfeiffer prakt. Ausführung. Bd. VIII. S. 243.

---

§. 309.

B. Communio incidens. *)

a) Gemeinschaftliche Sachen unter mehreren Miteigenthümern.

Dig. X. 3. Cod. III. 37. communi dividundo. Cod. III. 38. communia utriusque judicii tam familiae herciscundae quam communi dividundo.

1) Welche Beschränkungen entstehen durch die Communion für die einzelnen ideellen Theilhaber der Sache?

---

*) Eine Gemeinschaft, ohne, wie die Societät, durch Vertrag erzeugt zu seyn, mithin durch zufällige Ereignisse entstanden, wie bei einer commixtio oder confusio, einer Grenzverwirrung, durch Erbschaft, Legat, Schenkung einer Sache an Mehrere, oder auch, wenn ein beabsichtigter Gesellschaftsvertrag aus irgend einem Grund bürgerlich unwirksam wird, gleichwohl aber bereits mit dem gemeinschaftlichen Geld Sachen angeschafft worden sind; l. 31. l. 33. D. 17. 2. – l. 46. D. 44. 7. Es entsteht auf diese Weise ein Verbundenseyn mehrerer Subjecte blos durch den gemeinschaftlichen Gegenstand, während im übrigen ein jedes sich selbst vertritt. Jeder erwirbt und verliert seinen (NB. ideellen) Antheil für sich und disponirt insoweit unabhängig, als er nicht in den Antheil der übrigen eingreift (denn nur der fiscus kann zugleich mit seinem Antheil auch den der übrigen verkaufen, l. un. C. 10. 4. — l. 2. C. 4. 52.) — Von der Gemeinheit (universitas), von welcher sich die Gemeinschaft (communio) darin unterscheidet, daß letztere eine Reihe einzelner berechtigter und verpflichteter Subjectebildet, während bei jener der Inbegriff Aller das Rechtssubject ist, s. vorzüglich Brackenhoeft in Weiske's Rechtslex. Bd. IV. S. 483—541. — Von der Concurrenz der Reivindication mit der act. communi dividundo s. Glück Thl. XI. S. 120. [Vergl. auch Brinkmann Verhältniß der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zu einander, ins-

2) In welchen Fällen tritt eine Ausnahme von dem Grundsatze ein, daß jeder Theilhaber sich auch wider Willen die Theilung einer gemeinschaftlichen Sache gefallen lassen müsse?
3) Insofern der Verbindlichkeit eines jeden Eigenthumsgenossen, nicht nur die Sache selbst, sondern auch was er aus derselben an Früchten oder sonst gewonnen hat, zur Theilung zu bringen, andererseits auch sein Recht auf Vergütung der auf die gemeinschaftliche Sache verwendeten Kosten gegenübersteht, fragt es sich, durch welche Voraussetzungen die hierauf zu richtende actio de communi dividundo*) bedingt sey?
4) Ist auch in der Communion jeder Theilhaber nur zur diligentia quam in rebus suis verbunden?
5) Inwiefern sind auch gemeinschaftliche Prädialservituten, oder ein gemeinschaftlicher ususfructus, oder usus der Theilungsklage unterworfen?
6) Wie ist der Theilung wegen bei einer physisch oder rechtlich untheilbaren Sache zu verfahren?
7) Unter welchen Umständen kann eine Theilung wegen erlittener Verletzung angefochten werden?

Zu 1) Beschränkung zeigt sich in diesem Verhältniß nur dann, wenn Handlungen vorkommen, welche nicht blos an dem Antheil des Einzelnen vorgenommen werden können, wie z. B. alle physischen an der Sache selbst und den übrigen Mittheilhabern ganz unschädlich sind, cf. l. 13. D. 8. 2. Ein Miteigenthümer darf z. B. gegen den Willen seines Miteigenthümers keinen Bau auf dem gemeinschaftlichen Grundstück vornehmen, l. 27. §. 1. D. 8. 2. — l. 11. D. 8. 5., keine gemeinschaftliche Mauer niederreißen oder Fenster in derselben einlegen, l. 8. D. 8. 2. Dieses Beschränktseyn hat zur Folge, daß a) Einer gegen Alle durchsetzt, was im Zweck der Genossenschaft nothwendig liegt, z. B. Reparatur eines gemeinschaftlichen Gebäudes (s. Bd. II.

---

besondere über die Zulässigkeit der einen oder der andern Klage von Seiten der Theilnehmer einer Communion zu einander. Kiel 1855.] Von der unstreitigen Evictionsleistung bei Theilungen s. oben allgem. Theil Kap. V. §. 245.

*) Bekanntlich gehören die 3 Theilungsklagen unter die judicia duplica, wo Jeder Kläger und Beklagter zugleich seyn kann. [Seuffert's Archiv XIV. No. 29.]

§. 91. Fr. 7., insbesondere von gemeinschaftlichen Mauern §. 91. Fr. 4—7.) So kann auch einer der Genossen in dem Fall allerdings verkaufen, wenn der Gegenstand zum Zweck des Handels angekauft worden ist; Glück Thl. XI. S. 137., Voet Comm. ad Pand. Lib. X. tit 3. §. 7. — b) Daß darüber hinaus einer das Verhinderungsrecht gegen alle übrigen hat, was durch den Satz ausgedrückt wird: in pari causa melior est conditio prohibentis. Willkürliche Neuerungen können daher nicht einmal durch Stimmenmehrheit zu Stande gebracht werden, ausgenommen, wenn die von den übrigen beschlossene Veränderung dem Widersprechenden durchaus unschädlich ist; Glück a. a. O. S. 134. u. 138., Pufendorf Observationen herausg. v. Schmidt Obs. 33., Walch controv. jur. civ. pag. 672. §. 10., Leyser Sp. 118. Coroll. 1. Wenn Glück a. a. O. behauptet: auch eine Verpachtung der gemeinschaftlichen Sache könne nicht durch Stimmenmehrheit entschieden werden, so muß man dieses unter der Voraussetzung, daß dadurch eine Neuerung geschieht, wohl auch zugeben.*) Wer also durch solche Beschränkungen sich zu sehr beengt findet, dem bleibt kein anderes Mittel, als auf Aufhebung der Gemeinschaft zu dringen.

Wo ein Prohibitionsrecht begründet ist, da muß man aber auch wirklich davon Gebrauch machen. Freilich kommt es dann noch darauf an, ob man es konnte oder nicht. Im ersten Fall kann man nicht verlangen, daß das schon Errichtete wieder eingerissen, sondern nur, daß der erweisliche Schade vergütet werde; im zweiten Fall aber, z. B. wenn man abwesend war, kann man die Hinwegnahme des bereits Errichteten fordern, l. 28. D. 10. 3.

Zu 2) Obgleich der Grundsatz, daß Niemand gezwungen werden könne, in einer Gemeinschaft zu bleiben, l. 70. D. 17. 2., so streng durchgeführt wird, daß nicht einmal eine eidliche Verpflichtung zu immerwährender Gemeinschaft gilt, Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 3069., Glück Thl. XI. §. 738. S. 127., so geht dies doch nicht so weit, daß auch eine Verpflichtung auf bestimmte Zeit unverbindlich wäre, l. 14. §. 2. D. 10. 3. Es gibt aber auch Fälle, wo die Theilungsklage ganz versagt werden muß; z. B. nach l. 19. §. 1. D. 10. 3., wenn zwei Gebäude eine gemeinschaftliche Vorhalle zum Eingang

*) Die Verpachtung kann aber auch nothwendig seyn, wenn die Benutzung der Sache getheilt nicht möglich ist. Sie muß dann wohl im Ganzen verpachtet werden, ist jedoch, wenn ein Theilhaber ebensoviel Pachtgeld geben will, als ein Fremder, jenem vorzugsweise hinzulassen; Voet Comm. ad Pand. Lib. X. Tit. 3. §. 8.

haben, denn außerdem würde ja einer oder der andere Theilhaber, wenn er sich keinen andern Eingang verschaffen kann, genöthigt seyn, auf das ganze Nachbarhaus zu bieten. So kann auch ein Zwangsrecht zur Theilung eines zwischen zwei Hofbesitzern gemeinschaftlichen Hofraums alsdann nicht behauptet werden, wenn dieser Hofraum die Bestimmung einer nothwendigen Ein- und Ausfuhr hat, welche im getheilten Zustand nicht mehr realisirt werden könnte. Wenn zu einem Nothweg ein Eigenthümer sogar sein Alleineigenthum herzugeben angehalten werden kann, so kann er umsoweniger das bloße Miteigenthum demselben entziehen; Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. V. S. 108. [Seuffert's Archiv XV. No. 126. VII. No. 176.)

Zu 3) Es wird dabei vorausgesetzt, daß der Aufwand nothwendig war, l. 27. pr. D. 3. 5., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 395., Glück Thl. XI. §. 470., S. 138. u. 140., Brinkmann a. a. O. S. 79. — ferner, daß der, welcher ihn machte, ihn nicht blos für sich oder für seinen eigenen, sondern für den gemeinschaftlichen Vortheil beabsichtigt, mithin zugleich für den Miteigenthümer*) hatte handeln wollen, l. 6. §. 2. D. 10. 3. — l. 40. D. 3. 5. — und daß der eigene Vortheil und der des Andern so untrennbar mit einander verbunden war, daß jener nicht wahrgenommen werden konnte, ohne daß zugleich dieser besorgt wurde, l. 6. §. 2. u. 7. cit.

Zu 4) Jeder Eigenthumsgenosse muß zwar dolus und culpa prästiren, jedoch nur ebenso, wie in der Societät, l. 23. D. 50. 17., daher er nur für diligentia quam in rebus suis verantwortlich ist, l. 25. §. 16. D. 10. 2. — Durch positive Thätigkeit zugefügter Schade steht übrigens unter dem Aquilischen Gesetz, l. 47. §. 1. D. 17. 2., welchem hier auch der Erbe, obgleich sonst gegen ihn eine actio poenalis nicht stattfindet, dennoch unterworfen ist, l. 10. D. 10. 3.

Zu 5) Jeder Genosse kann, wenngleich das dingliche Recht untheilbar ist, doch auf getheilte Ausübung klagen, z. B. daß der Genuß alternirt, oder nach der Zeit oder nach dem Maß getheilt wird, l. 7.

---

*) Ueber die Frage: ob derjenige, welcher auf die gemeinschaftliche Sache Kosten in der Meinung, sie sey ihm allein eigen, verwandt hat, Ersatz fordern könne? s. l. 14. §. 1. vergl. mit l. 29. pr. D. 10. 3. Die verschiedenen Erklärungs- und kritischen Emendationsversuche s. Glück Thl. XI. S. 152., Unterholzner a. a. O. S. 396. Anm. p. Ersterer gesteht demselben nur ein Retentionsrecht, Letzterer aber auch ein Klagrecht zu. Auch wenn man das Erstere annimmt, so folgt daraus wenigstens nicht, daß er auch die einseitig im guten Glauben bezogenen Nutzungen für sich behalten dürfe; s. Erk. des O.-A.-G. zu Lübeck in Seuffert's Archiv Bd. IV. no. 57.

§. 10. l. 19. §. 4. D. 10. 3., Glück Thl. XI. S. 125. u. 131. Ein gemeinschaftlicher usus kann, indem er weder verkauft noch verpachtet werden kann, nur dergestalt getheilt werden, daß nach vorgängiger Schätzung dem Einen der ganze usus, dem Andern aber die verhältnißmäßige Abfindung in Geld zugesprochen wird, l. 10. §. 1. D. 10. 3. — Ein gemeinschaftliches Pfandrecht kann nur in der Art getheilt werden, daß ein Gläubiger den andern wegen seiner Forderung befriedigt, und das gemeinschaftliche Pfand dadurch allein an sich bringt, l. 7. §. 12. D. 10. 3. Von gemeinschaftlichen Schuldforderungen gilt der Grundsatz: nomina ipso jure sunt divisa; jeder kann gegen den Schuldner auf seinen Antheil klagen.

Zu 6) Eine solche Sache muß zum Zweck der Theilung nothwendig veräußert werden. Sie ist daher entweder, wenn die Theilhaber einverstanden sind, unter ihnen selbst dergestalt zu licitiren, daß demjenigen, welcher das Meiste bietet, oder bei gleichem Gebote demjenigen, welcher den größten Antheil an der Sache hat, die Sache gegen baare Abfindung der übrigen Theilhaber zugeschlagen wird, l. 34. §. 2. C. 8. 54. — l. 1. C. 3. 37., oder wenn Einer oder der Andere nicht im Stande zu seyn bekennt, den wahren Werth zu bieten, durch öffentliche Licitation zu verwerthen, l. 3. C. 3. 37., denn der Richter muß immer dasjenige Mittel vorziehen, welches für Alle das vortheilhafteste ist, l. 21. D. 10. 3. Sind mehrere einzelne Sachen zu vertheilen, so müssen sie taxirt und verloost werden; Glück Thl. XI. S. 130., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. X. tit. 3. §. 15. Zuweilen mag wohl auch die Auflösung der Gemeinschaft durch Theilung der Rechte an der Sache bewirkt werden, l. 6. §. 1. D. 7. 1. — l. 6. §. 10. D. 10. 3. — l. 16. §. 1. l. 22. §. 3. D. 10. 2.

Zu 7) Es sind folgende Fälle zu unterscheiden:

a) Die Theilung ist vom Richteramt ausgegangen; da fragt sich nur, ob rei judicatae autoritas jede Anfechtung ausschließt? Einige behaupten, daß wenigstens wegen einer Verletzung über die Hälfte eine richterliche Theilung angefochten werden könne, s. die Allegate in Glück Thl XI. S. 90. Anm. 40., welchen noch beizufügen ist Walch controv. jur. civ. pag. 671., Struv. Exerc. XV. th. 6., Müller ad Struv. l. c. Andere halten selbst in diesem Falle eine Anfechtung für unzulässig. Die richtige Meinung ist ohne Zweifel, daß hier auf die Größe der Verletzung nichts ankomme, sondern zur Anfechtung, soweit nicht die allgemeinen Grundsätze einer Restitution Raum geben,

solche Gründe vorhanden seyn müssen, welche verhindern, daß ein Erkenntniß in Rechtskraft übergehen könne, z. B. erwiesene Bestechung des Richters, l. 7. C. 7. 64., oder wenn ein Rechnungsirrthum zum Grunde liegt, l. 1. §. 1. D. 49. 8., Glück a. a. O., oder wenn ein Theilungsgegenstand ganz übersehen wurde, l. 20. §. 4. D. 10. 2. — l. 4. §. 2. D. 10. 3., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 236. (§. 188.) Ist indessen über einen behaupteten Rechnungsirrthum selbst entschieden worden, so findet nach eingetretener Rechtskraft keine Anfechtung mehr statt.

b) Daß eine außergerichtliche Theilung, selbst die eines Arbitrators wegen jeder nur nicht ganz geringen Verletzung angefochten werden könne, ist gegen die Dissentienten überzeugend bewiesen in Glück a. a. O. S. 93. Damit stimmt überein Thibaut System §. 880. (Ed. 8.), v. Wening-Ingenheim a. a. O., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 594.; [auch Stryk usus mod. X. 2. §. 7., Voet comm. X. 2. §. 34. 35., Berger Oecon. jur. III. 6. th. 3. Not. 9., Mühlenbruch Pand. II. §. 719. Genauer drückt dies ein Erkenntniß des O.-A.-G. zu Lübeck in folg. Weise aus: Die auf verschiedener Auslegung der l. 3. C. 3. 38. beruhende Streitfrage, ob ein Theilungsvertrag blos wegen einer Verletzung über die Hälfte oder auch wegen jeder geringern Verkürzung angefochten werden könne, bezieht sich lediglich auf den Fall, wenn in Ansetzung des Werthansatzes der den Interessenten bei der Theilung zugewiesenen reellen Objecte eine Uebervortheilung stattgefunden haben soll. Was dagegen die Regeln betrifft, welche über die Anfechtung der Verträge überhaupt aus allgemeinen dazu geeigneten Gründen, z. B. wegen Zwangs, Betrugs, oder Irrthums gelten, so wird deren Anwendung auf den Theilungsvertrag durch jene Streitfrage gar nicht berührt. Die Zulässigkeit einer solchen Anfechtung wird allgemein auch von denen, welche bei unrichtiger Schätzung nur eine Verletzung über die Hälfte berücksichtigt wissen wollen, ausdrücklich anerkannt. Seuffert's Archiv XII. No 30.] Dasselbe muß gelten,

c) wenn die Theilung durch das Loos gemacht wurde, wofern die Interessenten nicht wissentlich sich die ungleichen Loose haben gefallen lassen; Glück a. a. O. S. 106., Cocceji J. C. Lib. X. tit. 2. qu. 9., Walch controv. jur. civ. pag. 671. §. 9.

Hat man mit einer Person, welche gar nicht Theilhaber war, außergerichtlich getheilt, so ist das Geschäft nichtig, l. 36. D. 10. 2. Eine res judicata kann freilich wegen eines solchen untergelaufenen Irrthums nicht umgestoßen werden, doch hält Glück a. a. O. S. 87. Restitution bei später entdecktem Irrthum für zulässig.

---

b) Gemeinschaft, welche durch Grenzverwirrung entstanden ist.

S. Bd. II. §. 99. ꝛc. Zu der dort (auf S. 157.) sub. lit. b. behandelten Streitfrage über die Richteramtssphäre in der actio finium regundorum verdient noch bemerkt zu werden: v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 658., Puchta Cursus der Instit. Bd. II. S. 374., wo er, mit uns übereinstimmend, die Ermittelung der wahren Grenzen als die erste und eigentliche Aufgabe des Richters erkennt, mit dem Beisatz: „daß der Richter das ungewisse Gut theilt und somit neue Grenzen constituirt, ist nur das äußerste, ohne größeren Nachtheil nicht zu umgehende Mittel; das Durchhauen des Knotens, der sich auf andere Art nicht lösen läßt."

---

c) Gemeinschaft, welche durch gemeinschaftliches Erbrecht unter mehreren Miterben entstanden ist.

S. Bd. II. Erbrecht Kap. VIII. §. 185. [Ueber die Anwendbarkeit der actio communi dividundo unter Miterben vor der Erbtheilung s. Seuffert's Archiv XIII. No. 222. u. IV. No. 39.]

---

d) Gemeinschaft der Beschädigung durch Seenoth.

Dig. XIV. 2. de lege Rhodia de jactu. — Paul. sent. rec. II. 7.

Dieser Gegenstand kann hier nur im Allgemeinen in Betrachtung gezogen werden, da die speciellen Bestimmungen aus den verschiedenen Seerechten der neueren Zeit geschöpft werden müssen, welche auch unter

der s. g. großen und kleinen Haverei [vergl. A. D. H.=G.-B. Art. 702. 703. 708—710.] Mehreres begreifen, wovon das von den Römern angenommene Rhodische Gesetz schweigt, und zugleich Regeln für die Constatirung einer vorhanden gewesenen Seegefahr enthalten. Die unbestrittenen Voraussetzungen für die Anwendung des Rhodischen Gesetzes sind bekanntlich: a) eine wirkliche gemeinschaftliche Gefahr für Schiff und Ladung; b) eine absichtliche*) Aufopferung des Einzelnen, um dadurch das Schiff mit seinem übrigen Inhalt zu retten; c) der günstige Erfolg**) dieser Aufopferung, wenigstens insoweit, daß, wenn auch die Rettung bewirkt war, das Schiff aber in einer spätern Gefahr untergeht, doch ein Theil der Ladung geborgen blieb; l. 4. §. 1. D. 14. 2. — Es erübrigt die Frage:

1) Ist es nothwendig, daß die Gefahr ohne alle Verschuldung herbeigeführt seyn müsse?
2) Findet das Rhodische Gesetz auch analoge Anwendung auf Kriegsschäden und Feuersbrünste?

Zu 1) Verschuldet könnte die Gefahr insbesondere dann seyn wenn sie durch Ueberladung des Schiffs entstanden wäre. Da könnte wohl der magister navis sich nicht an die Befrachter oder an den Vermiether des Schiffs halten, wohl aber jeder Befrachter an ihn; arg. l. 27. §. 23. D. 9. 2. — l. 30. §. 2. D. 19. 2. Tragen Andere die Schuld an der Gefahr, so finden gegen sie die gewöhnlichen Klagen statt; v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 390. Anm. z. Wenn aber der magister navis die Schuld trägt, der Schadenersatz jedoch weder von ihm, noch vom exercitor navis erholt werden

*) Aus diesem Grund ist daher das Rhodische Gesetz nicht anwendbar, wenn das Schiff von Seeräubern angegriffen, ein Theil der Waaren geraubt, ein anderer Theil aber noch gerettet wurde; l. 2. §. 3. D. 14. 2. Eine beabsichtete Aufopferung dagegen ist es, wenn Einer zur Loskaufung des Schiffs von den Piraten eine Geldsumme hergegeben hat.

**) Deshalb fällt die Verbindlichkeit aus dem Rhodischen Gesetz weg, wenn ungeachtet des Seewurfs, oder, was einerlei ist, ungeachtet Sachen vom Schiff auf ein Boot gebracht wurden, um das Einlaufen des Schiffs in den Hafen zu erleichtern, l. 4. pr. D. 14. 2., dennoch das Schiff scheiterte. Es macht auch keinen Unterschied, daß etwa Einzelnen es noch gelang, wieder zu dem Ihrigen zu kommen, oder daß die auf das Boot gesetzten Waaren glücklich gelandet sind, l. 4. pr. §. 1. l. 4. 5. 7. D. 14. 2., denn der Seewurf wird nur dann vertheilt, wenn das Schiff gerettet ist.

kann, so ist kein Grund vorhanden, den in Verlust gerathenen gegen die zur Rettung ihres Guts gelangten Befrachter die Klage aus dem Rhodischen Gesetz zu versagen. Zwar nach dem römischen Recht ging dies nicht an, Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 356., Emminghaus ad Cocceji Jus controv. Lib. XIV. tit. 2. qu. 7. not. m., aber nur aus einem jetzt nicht mehr anwendbaren Grund. Nach jenem war nämlich die Klage gegen den magister navis zu richten, welcher dann verbunden war, die Beiträge zur allgemeinen Ausgleichung vom Schiffsherrn und von den Befrachtern pro rata*) einzuziehen, was er aber in dem unterstellten Fall nicht gekonnt hätte, da er mit der exc. propriae culpae zurückgewiesen worden wäre. H. z. T. gestattet man aber die Klage auch unmittelbar gegen die Eigenthümer der geretteten Sachen, welchen jedenfalls durch den Seewurf genützt wurde. Jener Umweg, welcher allein eine Schwierigkeit erzeugen konnte, fällt demnach jetzt hinweg; Glück Thl. XIV. S. 209., Thibaut System §. 642., Braun Erörter. zu Thibaut §. 983., Schmidt Lehrb. von gerichtl. Klagen §. 1433.

Zu 2) Schweppe im röm. Privatr. Bd. III. S. 530. §. 603. und v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 391. (§. 349.) hält dafür, daß es wenigstens dann anzuwenden sey, wenn der Feind im Krieg von Allen fordert, und dann Einzelne seine Forderung befriedigen. Die in Praxi geltende analoge Ausdehnung behaupten auch Mackeldey Lehrb. §. 479., Seuffert Pand. §. 432., Göschen Vorles. Bd. II. S. 714. Im Allgemeinen ist aber wohl die Behauptung gegründet, daß man nach den in neuerer Zeit geltenden Grundsätzen es gar nicht nöthig habe, das Rhodische Gesetz zu Hilfe zu nehmen (vergl. Kap. IX. §. 290. zu Fr. 18. vom Versicherungsvertrag), wie denn auch der Maßstab des Rhodischen Gesetzes auf andere Fälle nicht anwendbar und Gleichheit des Grundes nicht anzutreffen seyn wird; Glück a. a. O. §. 890., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 317., Puchta Pand. §. 368., Thibaut im civil. Archiv Bd. VIII.

---

*) Es wird nämlich Schiff und Ladung, soviel beides vor dem Unglück betragen hatte, in Anschlag gebracht, und zwar die aufgeopferten Güter nach dem Einkaufspreis, die geretteten nach dem Verkaufspreis mit Rücksicht auf die Zeit, wo die Raten gefordert werden, und sofort der Ausschlag nach Verhältniß der geretteten Werthe gemacht, selbst die Kleider nicht ausgenommen, welche man täglich auf dem Leibe trägt l. 2. §. 2. D. 14.. 2., was jedoch die Praxis gemildert hat; Glück Thl. XIV. S. 221., Voet Comm. ad h. t. §. 14., Thibaut System §. 643. (Ed. 8.)

no. 5., Schilling Lehrb. f. Instit. Bd. III. S. 501., Hufnagel Mittheil. no. 103., Kritz exeget. prakt. Abhandlungen no. 4., Valett Pand. §. 706.

3. Verträge, welche zweiseitig in der Eingehung, aber einseitig in der Erfüllung sind.

Kapitel XVII.

Spiel und Wette.*)

§. 310.

Dig. XI. 5. Cod. III. 43. de aleatoribus.

1) Ist auch nach neuerem Recht der Grundsatz, daß eine Spielschuld nicht nur nicht eingeklagt, sondern auch die schon dafür geleistete Zahlung wieder zurückgefordert werden könne, wenn nicht ein 50jähriger Zeitraum die Erlöschung der Klage herbeigeführt hat, als gemeingiltig anzusehen?

2) Kann auch derjenige, welcher einem andern zum Spiel Geld geliehen hat, nicht auf Zurückzahlung klagen?

3) Ist ein über eine Spielschuld eingegangener Vergleich oder ein Constitut oder irgend ein anderes Bestärkungsmittel der Verträge ebenfalls ungiltig?

4) Ist ein Darlehn zum Ankauf eines Lotterieloofes klagbar?

5) Ist die Wette**) — deren Erlaubtseyn***), soweit nicht be-

---

*) Zur Literatur in dieser Materie ist vorzüglich zu bemerken: Gans Abh. über Spiele und Wetten; in den Beiträgen zur Gesetzrevision Bd. I. S. 164. — Die Lehre von dem Spiel, aus dem deutsch. Recht neu begründet, von Wilda, in der Zeitschr. f. deutsch. Recht Bd. II. no. 6. Bd. VIII. S. 200., Berg jurist. Beobachtungen Thl. II. S. 251. über Klagbarkeit der Spielschulden, v. d. Pfordten Abhandl. aus dem Pand. Recht. S. 327.

**) Wir verstehen darunter nicht den Fall, wenn nur Einer der Streitenden für den Fall, daß seine Meinung sich nicht als die richtige bewähren würde, dem Andern etwas zu leisten verspricht, wie Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 521. definirt. Ein von Schwarze u. Heyne Untersuch. prakt. wichtiger Materien S. 84. angeführtes Facultätsurtheil sagt von einer solchen einseitigen Verpflichtung: sie könne nicht eine Wette genannt werden, komme aber einer solchen sehr nahe, und sey deshalb nach Analogie derselben zu beurtheilen. Das A.-G. erkannte sie gleichwohl für eine Wette, richtiger aber legt ihr v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 673. nach Verschiedenheit der Fälle den Charakter entweder einer Conventionalstrafe oder einer bedingten Schenkung bei.

***) Wetten bedurften nach R. R. entweder einer Stipulation, oder der vorläufigen Uebergabe des praemium sponsionis, l. 17. D. 19. 5. Nach deut-

sondere Anfechtungsgründe vorliegen, keinem gegründeten Zweifel unterliegt, l. 17. §. ult. D. 19. 5., wofern nur nicht etwas zur Widerrechtlichkeit oder Unsittlichkeit Führendes zum Grunde liegt,*) — durchaus ungiltig, wenn der Eine der Wettenden zuverlässige Kunde über dasjenige gehabt hat, worauf es bei der Wette ankommt?

6) Wie unterscheidet sich die Wette vom Spiel?

Zu 1) Die bejahende Meinung ist zwar sehr allgemein verbreitet; s. die Lehrbücher von Schweppe, Thibaut, Mühlenbruch, Mackeldey, v. Wening-Ingenheim, Glück Thl. XI. S. 333. u. 346., Goez Beiträge zur populairen Rechtsgelehrsamkeit Bd. II. no. 11., Weber v. d. natürl. Verbindl. S. 321., Leyser Sp. 126. med. 3., Struben rechtl. Bed. Thl. IV. Bed. 131. Thl. V. Bed. 9., Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. II. Thl. I. Dec. 1007., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IX. S. 231. Sie stützt sich, abgesehen von erkün-

---

schen Rechten und Gewohnheiten gelten aber alle die Verträge, welche nach R. R. blos in formeller Hinsicht unverbindlich, aber nicht verboten waren, daher sie durch eine condictio ex moribus geltend gemacht werden können. Vom Verbot der Glücksspiele läßt sich nicht im Allgemeinen, wie Freiesleben D. de sponsionibus Lips. 1822. behauptet, zugleich auf Unverbindlichkeit der Wetten schließen, sondern nur dann können sie unter das Spielverbot fallen, wenn der Grund dieses Verbots einschlägt, wie bei unmäßig hohen Wetten, oder wenn die Wette mit dem Spiel in unmittelbare Verbindung gesetzt wird z. B. durch das s. g. Pariren beim Spiel. Im ersten Fall läßt man, was jedoch mit Grund bestritten wird (v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 673. sub 4.), ein richterliches Moderationsrecht eintreten, Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 396., Glück a. a. O. S. 357. und die in Anm. 9. citirten, auch ist die Ansicht von Leyser Sp. 127. med. 7. u. Dabelow Civilr. §. 2455., daß bei Ausübung des richterlichen Ermessens die Grundsätze von der gerichtlichen Insinuation der Schenkungen in Anwendung zu bringen seyen, ohne hinlänglichen Grund; Schwarze u. Heyne a. a. O. S. 87. Anm. 9.

*) Z. B. wenn zwei Männer über die Probehaltigkeit weiblicher Keuschheit eine Wette eingehen wollten; l. 17. §. 5. D. 19. 5. — l. 3. C. 3. 43. So auch die Wette über Erlangung eines öffentlichen Amts, Nov. 8. über das Uebertreffen im Saufen; Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XI. tit. 5. §. 6. Mehrere Beispiele gibt Leyser Sp. 127. med. 3. und reducirt sie, wie auch Danz zu Runde Bd. II. S. 309., auf das Princip: was in einem Vertrag oder letzten Willen als Bedingung ungiltig wäre, quia contra bonos mores fieret, gilt auch als Wette nicht, z. B. wenn sie die gänzliche Ehelosigkeit bezielt; vergl. Bd. I. S. 385 ff.

stelter Argumentation aus einigen, keineswegs beweisfähigen Gesetzstellen, hauptsächlich auf l. 1. u. 3. C. 3. 43., hat aber auch bedeutende Anfechtungen erlitten, wie aus den verschiedenen Gutachten und Urtheilen bekannt ist, welche sich in Elvers' jurist. Zeitung v. J. 1828. no. 51. u. 119. und v. J. 1830. no. 35. 36. u. 83. finden. Wohl möchte der Einwand, daß die gedachten Gesetzstellen nicht zu den glossirten gehören, der Betrachtung weichen müssen, daß sie durch einen allgemeinen Gerichtsbrauch als geltendes Recht einmal anerkannt sind. Auch möchte der besonders gegen die Verbindlichkeit des Gewinners, das Gewonnene an den Verlierenden zurückzuzahlen, aus dem allgemeinen Prinzip: quod in pari turpitudine melior est ratio possidentis geschöpfte Einwand nichts gegen eine specielle Vorschrift ex singulari causa, nämlich aus einem polizeilichen Grund, auszurichten vermögen. Man behauptet zwar, jenes allgemeine Prinzip dürfe uns allein leiten, denn von den ehemaligen besonderen privatrechtlichen Folgen könne h. z. T. die Rede nicht mehr seyn, weil durch die deutschen Particulargesetze die Lehre von verbotenen Spielen dem privatrechtlichen Gesichtspunkt entrückt und lediglich dem Gebiete der Strafpolizei zugewiesen worden sey. Dagegen wird aber vorzüglich eingewendet, daß auch zu Justinians Zeiten öffentliche Strafen den Spielern angedroht waren, die repetitio soluti aber doch daneben gestattet war, und daß es an allem Grund fehle, anzunehmen, daß die heutigen polizeilichen Anordnungen den vom R. R. verordneten privatrechtlichen Nachtheilen substituirt seyen, s. auch Glück Thl. XI. S. 333. Anm. 39. Weniger möchte dagegen einzuwenden seyn, wenn wir behaupten: die Vorschriften des römischen Rechts machen zwar die Grundlage des heutigen Rechts aus,*) aber weder bei den Römern waren alle Spiele verboten, noch sind sie es bei uns. Was nun erlaubtes, was unerlaubtes Spiel sey, kann nicht aus römischen,**)

---

*) Daher auch die Bestimmungen der l. 1. pr. D. 11. 5. si quis eum etc., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IX. Med. 473.

**) Während man die römischen Gesetze h. z. T. nicht für anwendbar erkennt, wenn sie Spiele bestrafen, die wir gar nicht kennen, wie z. B. mit equis ligneis, l. 3. C. 3. 43., geräth man mit sich selbst in Widerspruch, wenn man sie auf Spiele anwendet, welche den Römern unbekannt waren und bei uns erlaubt sind. Was bei den Römern ächt national war, s. l. 2. §. 1. D. 11. 5., ist es nicht bei allen Nationen; mit den Zeiten ändern sich die Sitten, und man kann, indem man gegen die jetzigen Sitten anstößt, in turpitudinem verfallen, wenn dies gleich zu einer Zeit, wo die Sitte der heutigen Welt nicht bestanden hatte, vielleicht nicht der Fall war. Was soll man z. B.

sondern nur aus deutschen Gesetzen und Gebräuchen beurtheilt werden. In einem Land, wo blos die Hazardspiele verboten sind, darf man demnach behaupten:

a) Die Klage auf eine Spielschuld aus einem erlaubten Spiel ist dann verwerflich, wenn das Spiel zu einer unmäßigen Höhe getrieben wurde, denn die Worte der l. 3. C. 3. 43.: nec permittimus etiam in his ludis ludere ultra unum solidum gehen ja auf erlaubte Spiele. Zuweit geht daher Danz Handbuch d. deutsch. Privatr. Thl. II. S. 307. §. 211., wenn er ohne Unterschied jede Spielschuld, wenn sie aus einem erlaubten Spiel entstanden ist, für klagbar erklärt. Aber auch im entgegengesetzten Sinn zuweit scheinen diejenigen zu gehen, welche, wie selbst Eichhorn d. Privatr. §. 110. und Sintenis Civilr. Bd. II. §. 123. Anm. 1., durchaus keine Spielschuld für klagbar erkennen. Zwar ist es auch deutsche Rechtsansicht, daß dem Spielen auf Borg nicht statt zu geben sey, wie im Sachsenspiegel Bd. I. Art. 6. und im Weichbild Art. 101. angedeutet und besonders in der Reuterbestallung v. J. 1570. Art. 211.*) ausgedrückt ist; der richtige Sinn ist aber doch wohl nur, wie er unter Andern im Cod. Max. civ. Bavar. P. IV. Cap. XII. §. 5. und auch in Sächs. Verordnungen (Hommel Rhaps. Vol. III. obs. 476.) aufgefaßt ist, von dem Fall zu verstehen, wenn Jemand über das Maß seiner Umstände spielt und verliert.

b) Eine Rückforderung der bereits bezahlten Spielschuld aus einem erlaubten Spiel ist durchaus unzulässig; in einem unerlaubten Spiel kann — wenigstens nach der gemeineren Meinung — h. z. T. nur von der öffentlichen Strafe die Rede seyn, eine Zurückforderung des Bezahlten aber nicht stattfinden, weil

---

dazu sagen, wenn Struben rechtl. Bed. Bd. V. Bed. 9. sogar das auf dem Billard gewonnene Geld nicht für klagbar erkennt? es entspricht dieses wenigstens nicht den heutigen Sitten, da die Praxis die römische Regel, daß nur ein Spiel erlaubt sey, welches zugleich Uebung des Körpers und Muths bezweckt, auch auf solche Weise ausdehnt, bei welchen der Ausgang ganz oder doch hauptsächlich von Geschicklichkeit abhängt, vorausgesetzt übrigens, daß die dem Vermögen des Spielenden angemessenen Grenzen nicht überschritten werden; Eichhorn deutsch. Privatr. §. 110.

*) „Es soll auch keiner dem andern auf dem Spiel aufschlagen, noch weiter, dann er baar Geld hat, spielen: wo aber einer dem andern viel oder wenig auf Borg abgewinne, solle ihm der andere nichts darumb zu zahlen schuldig seyn;" Emminghaus Corpus juris Germanici. pag. 385.

Jeder die Folgen seiner unerlaubten Handlungen selbst tragen muß; Danz a. a. O., Eichhorn a. a. O., Mitttermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 298. (206.) S. 75., Wilda i. d. Zeitschr. f. deut. R. VIII. S. 180 ff. u. v. Gerber System §. 193.

Zu 2) Mehrere Rechtsgelehrte gestatten zwar dem Darleiher die Klage unbedingt, Cocceji J. C. Lib. XI. tit. 5. qu. 2., Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 4., Carpzov Resp. Lib. VI. resp. 96. no. 15., und allerdings ist ein ganz bestimmtes Gesetz, welches dem Darleiher das Recht versagte, weder im Codex noch in den Pandekten zu finden. In der l. 12. §. 11. D. 17. 1., welche man dafür anzuführen pflegt, ist von Spielgeld gar nicht die Rede. Implicite liegt der Grundsatz aber doch wohl in l. 2. §. 1. D. 44. 5.: Si in alea rem vendam, ut ludam, et evicta re conveniar, exceptione summovebitur emtor — denn ob ich mir durch Verkaufen oder Entlehnen Geld zum Spiel verschaffe, ist wohl einerlei; hat dort der Käufer kein Recht an mir, so kann es auch der Gläubiger, qui quasi perdituro dedit, nicht haben. Zwar nehmen Mehrere diese Stelle in einem eingeschränkteren Sinn, indem sie sie blos von dem Fall verstehen, da ein Mitspieler, in der Hoffnung, dadurch desto mehr dem Andern abzugewinnen, diesem Geld leiht, wodurch er zum Spiel angereizt wird, nach Ansicht der Glosse: „Ibi contraxerunt collusores inter se; secus si extraneus.“ Die Worte: si *in alea* venderem, scheinen nämlich auf einen genaueren Zusammenhang des Verkaufs mit dem Act des Spielens selbst hinzudeuten, so daß der Verkauf quasi in aleam fortunae geschehen zu betrachten wäre; Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. IV. no. 4., Hofacker Princ. jur. civ. Tit. III. §. 2070., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. Med. 95., Stryk Us. mod. Pand. Lib. XI. tit. V. §. 10. Auch Glück Thl. XX. S. 228. scheint den Fall in Parallele mit einer conventio spei zu setzen, welche bekanntlich einen Evictionsanspruch ausschließt. In Pfeiffer's neuer Sammlung bemerkensw. Entscheid. d. O.-A.-G. zu Cassel Bd. IV. dec. 154. wird sogar behauptet: ein Anlehn zum Spiel könne auch von dem mitspielenden Gläubiger eingeklagt werden, falls er nur das dargeliehene Geld seinem Schuldner nicht wieder abgewonnen hat. Allein die herrschende Meinung ist doch diese: wer wissentlich zum Spiel Geld herleiht, macht sich zum Theilnehmer (Gehilfen) einer verbotenen Handlung, und kann daher sein Geld nicht zurückfordern; Glück Thl XI. S. 334. und die dort angeführten, wie auch die Lehrbücher von Mühlenbruch Bd. II. §, 426., v. Wening-Ingenheim Bd. II. S. 261., Schweppe Bd. III. §. 520., Becker Samml. merkw. Rechtsfälle Bd. I. S. 236.

Hat der Schuldner seinem Gläubiger das dargeliehene Geld freiwillig zurückgezahlt, so behält er dasselbe; Schweppe a. a. O. S. 369., Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 76. no. 1.

Zu 3) Stryck Us. mod. Pand. Lib. XI. tit. V. §. 8. u. 9. und Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 2071. halten zwar die Klage aus einem Vergleich für zulässig, indem bei einem Vergleich nicht darauf zu sehen sey, qualis causa transactionem praecesserit, sondern quid transactum fuerit, l. 23. C. 2. 4., und selbst über Verbindlichkeiten aus einem Delict ein Vergleich bezüglich d.s Privatinteresse gelte. Insbesondere könne ein Wechsel, welcher über eine Spielschuld ausgestellt worden ist, nicht beanstandet werden, weil doch wenigstens ein debitum naturale zum Grunde lag [s. Kunze Deut. Wechselr. §. 25. S. 74.]. Allein die richtigere Meinung ist doch wohl, daß eine gesetzlich reprobirte Verbindlichkeit auf keine Weise zur Giltigkeit erhoben werden könne. So erklärt auch l. 1. C. 3. 43. ausdrücklich eine bei einem Glücksspiel gegebene Sicherheit, und l. 3. cit. einen über die Spielschuld ausgestellten Schuldschein für ungiltig. Darin stimmen überein: Glück Thl. XI. S. 347., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. Med. 160., Struben rechtl. Bed. Th. V. no. 9., Danz zu Runde Bd. II. S. 307., Goez Beitr. zur populären Rechtsgelehrs. Bd. II. S. 182., Bucher R. d. Ford. §. 101.

Zu 4) Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 364. bejaht diese Frage aus dem Grunde, weil der Kauf eines Looses kein Spielvertrag, sondern ein Hoffnungskauf sey (s. oben Kap. IX. §. 286. vom Lotterievertrag); allein wo Lotterien als Spiel verboten sind, würde man wohl nicht anders, als wie zur Fr. 2. bemerkt wurde, entscheiden können.

Zu 5) Gewöhnlich wird gesagt: Wetten dürfen keine gesuchte Zweideutigkeit enthalten, und es dürfe kein Betrug unterlaufen, wenn eine Wette giltig seyn soll. Fragt man weiter: wann ist ein Betrug vorhanden? so sind die Antworten verschieden. Manche, z. B. Runde deutsch. Privatr. §. 211., Danz zu Runde Bd. II. S. 309., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 2074., behaupten ohne hinlänglichen Grund: eine Wette gelte nichts, sobald nicht beide Theile sich im Nichtwissen dessen, worauf es bei der Wette ankommt, befunden haben. Entgegengesetzt sagt Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 308.: Wenn der Eine zuverlässige Kunde über den Gegenstand der Wette gehabt hat, so wird diese dadurch nicht immer ungiltig, sondern nur dann, wenn er den Andern absichtlich inducirt hat, auf etwas zu wetten, wovon er sich voraus zuverlässig informirt hat;

z. B. wenn er erst genau nachgesehen hat, was in einem Buche steht, dann das Gespräch darauf führt und einen zur Wette führenden Streit veranlaßt; giltig aber sey die Wette, wenn der Streit zufällig auf den Punkt gekommen ist, worüber gewettet wurde. In der Mitte zwischen diesen beiden Meinungen dürfte die Wahrheit liegen. Da nämlich der Begriff einer Wette etwas Ungewisses voraussetzt, so ist es keine ehrliche Wette mehr, wenn derjenige, für welchen es keine Ungewißheit ist, sein Wissen dissimulirt. Dies allein zwar, daß er weiß, schadet der Giltigkeit der Wette nicht, wenn er offen erklärt, seiner Sache ganz gewiß zu seyn; nimmt dann der Andere demungeachtet noch eine Ungewißheit an, und wettet er für seine Ueberzeugung, so gilt die Wette ohne Zweifel, Glück Thl. XI. S. 353. Anm. 95., Dabelow Handb. d. gem. röm. deutsch. Privatr. Th. II. Abth. II. §. 1316., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 364., v. Hartitzsch Entscheid. no. 474., Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 395., Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 3. th. 5., v. Gerber System §. 194. Damit stimmt überein das preuß. allg. Landr. Th. I. Tit. 11. §. 580.

Zu 6) Die Wette setzt einen vorausgehenden Meinungsstreit voraus, was beim Spiel nicht wesentlich ist, — sie kann sich auf einen solchen Thatumstand beziehen, welcher, obwohl die Wettenden darüber in Ungewißheit oder verschiedener Meinung sind, doch, objectiv betrachtet, ganz gewiß oder schon entschieden ist, während dagegen beim Spiel der Erfolg allemal noch unentschieden seyn muß; — bei der Wette kann die Entscheidung ohne alle Mitwirkung der Interessenten eintreten, wogegen zum Spiel, wenn auch der Erfolg vom Glück abhängt, doch immer eine unmittelbare Thätigkeit der Interessenten erforderlich ist. [S. v. Gerber System §. 193. Anm. 2.]

II. Accessorische Verträge.

Kapitel XVIII.

Intercessionsarten.*)

§. 311.

1. Bürgschaft.**)

Inst. III. 20. (21.) de fidejussoribus. Dig. XLVI. 1. und Cod. VIII. 41. de fidejussoribus et mandatoribus. — Gajus III. §. 115—128.

1) Kann der Schuldner, welcher bereits einen von dem Gläubiger angenommenen Bürgen gestellt hat, wenn dieser in

*) Indem das Wesen einer Intercession darin besteht, daß man die Verbindlichkeit eines Andern, es sey nun eine schon bestehende, oder eine unabwendbar bevorstehende, l. 8. §. 14. D. 16. 1., durch ein Geschäft mit dem Gläubiger auf sich nimmt, was auch durch eine Handlung, welche denselben Effect hat, wie z. B. durch Pfandgebung für eine fremde Schuld, geschehen kann, l. 8. pr. D. 16. 1. — l. 5. l. 7. C. 4. 29., pflegt man dieselbe einzutheilen: a) in die privative, wenn nämlich der Intercedent statt des eigentlichen Schuldners, b) die cumulative, wenn er neben dem eigentlichen Schuldner sich für dessen Schuld obligirt. Unter der Rubrik: „Accessorische Verträge" kann natürlich nur von der cumulativen Intercession die Rede seyn. — Von den Intercessionen überhaupt und einigen Arten derselben im Besonderen s. vorzüglich Sintenis in Linde's Zeitschr. Bd. X. S. 38., Deurer im civilist. Archiv Bd. XXVIII. S. 407.

**) Verbürgung, wenn sie ausdrücklich geschieht, ist zwar stricter Auslegung unterworfen, Leyser Sp. 524. med. 1., cf. l. 99. D. 45. 1., doch kommt es mehr auf den vernünftigen Sinn, als auf die Art des Ausdrucks an, besonders bei richtiger Unterscheidung zwischen bloßer Empfehlung zur Creditgebung und Verbürgung; s. Kap. VIII. §. 275. Fr. 4. Anm. *. Die bloße Versicherung, daß ein Anlehn sicher sey, involvirt keine Bürgschaftsübernahme; v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 39., vgl. Bd. III. S. 70. über stricte Auslegung der Bürgschaften. Vermuthet kann die Verbürgung nicht werden, daher die bloße Mitunterschrift eines Schuldscheins, in welchem die Bürgschaft nicht erwähnt ist, mehr die Zuziehung eines Zeugen als eines Bürgen anzudeuten vermag; Kreittmayr Annott. ad Cod. Bav. Civil. P. IV. Cap. X. §. 3. Auch unter einer anderen Form aber kann eine Bürgschaft geleistet werden. Z. B. A. stellt dem B. einen Wechsel unter Bekenntniß empfangener Valuta, obgleich diese nicht gegeben war, aus, um ihm

Vermögensabfall geräth, zur Stellung eines anderen Bürgen angehalten werden?

2) Kann auch eine natürliche Verbindlichkeit mit civilrechtlicher Wirkung übernommen werden?

2 a) [Kann gegenüber einer incerta persona Bürgschaft übernommen werden?]

3) Ist die Bürgschaft ungiltig, welche der Ehemann zur Sicherstellung des Heirathsguts seiner Ehefrau übernimmt?

4) Muß der Bürge immer genau dasjenige leisten, was der Hauptschuldner zu leisten gehabt hätte, und ist insbesondere die Bürgschaft ganz ungiltig, wenn sich der Bürge in duriorem causam verpflichtet hat?

5) Erstreckt sich die bürgschaftliche Verbindlichkeit immer auch auf Nebenforderungen, z. B. Verzugszinsen und Kosten? Accessionen?

6) Welche Personen sind von der rechtlichen Fähigkeit zur Bürgschaftsleistung ausgeschlossen?

7) Bleibt der Bürge auch verbindlich, wenn die Verpflichtung, welcher er beigetreten ist, über ihren ursprünglichen Umfang ausgedehnt wurde, insbesondere
   a) der Bürge eines Pachters, welcher nach Ablauf der contractmäßigen Pachtzeit ferner beibehalten wurde? oder
   b) der Bürge eines auf bestimmte Zeitfrist gegebenen Darlehns, wenn der Gläubiger dem Schuldner ferner creditirt?

8) Muß der unmittelbar verklagte Bürge dem Hauptschuldner litem denunciiren, und muß er dann, wenn Letzterer weder den Streit auf sich nimmt, noch ihm assistirt, die Sache durch alle Instanzen prosequiren, um seinen Regreß an den Hauptschuldner zu salviren?

9) In welchen Fällen kann der Bürge schon vor Befriedigung des Gläubigers auf Befreiung von der Bürgschaft dringen?

10) Kann der Gläubiger, wenn er sich in dem Concurs des Hauptschuldners mit seiner Forderung präcludiren ließ, noch den Bürgen in Anspruch nehmen?

---

bei dem C. Credit zu verschaffen. C., ob er gleich weiß, daß A. dem B. nichts schuldig ist, gibt dem B. gegen Indossirung des Wechsels eine gleiche Summe. A. muß nun gleichwohl den Wechsel baar auslösen, weil er de facto die Schuld auf sich genommen hat; Leyser Sp. 523. med. 2. Der Bürge, welcher sein ganzes Vermögen verschrieben hat, haftet auch mit später erworbenem Vermögen; Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. III. S. 79.

11) Fällt die exc. excussionis hinweg*)
   a) durch die gegen den Hauptschuldner erfolgte Concurseröffnung, oder
   b) wenn dieser ein Moratorium erlangt hat?
   c) wenn sich der Bürge als Selbstschuldner verpflichtet, [oder stillschweigend darauf verzichtet hat] oder auch
   d) wenn er die Bürgschaft muthwillig abgeleugnet hat?
12) Genügt eine allgemeine Entsagung aller Rechtswohlthaten und Einreden, um das beneficium excussionis als darunter begriffen zu achten?
13) Inwieweit kommen die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden auch dem Bürgen zu?
14) In welchen Fällen kann die Rechtsregel der Nov. 99. cap. 1., daß mehrere Mitbürgen de jure nur theilweise verbunden sind, nicht von denselben geltend gemacht werden?
15) Unter welchen Umständen befreit das beneficium cedendarum actionum den Bürgen gänzlich von seiner Verbindlichkeit gegen den Gläubiger? Inwiefern ist dem Bürgen die Cession der Klagen nöthig oder nützlich?
16) Kann der Gläubiger zum Nachtheil des Bürgen andere ihm vom Schuldner constituirte Sicherheiten aufgeben? Ist er auch für zu niedrigen Verkauf des Unterpfands dem Bürgen verantwortlich?
17) Haftet derjenige, welcher blos für die Zinsen sich verbürgt hat, auch dann noch für dieselben fortwährend, wenn das Capital verloren gegangen ist?
18) Inwiefern erlischt die Bürgschaft durch Confusion?

Ueber die Frage: ob dem Bürgen das dem Hauptschuldner ertheilte Moratorium oder ein von demselben bewirktes pactum remissorium zu Statten komme, s. oben im allgem. Theil des Obligationsrechts Kap. IV. §. 229. zu Fr. 3. und §. 230. zu Fr. 11.

---

*) Daß die eidliche Bestärkung der Bürgschaft den Bürgen nicht vom Gebrauch des benef. excuss. ausschließen könne, scheint keinem gegründeten Zweifel unterworfen; Köchy Meditt. Bd. I. no. 27., Thibaut System d. P. R. §. 609. (Ed. 8.) Die Meinung Einiger, daß bei Vormundschaftsbürgen die exc. excuss. wegfalle, ist irrig, indem die l. 1. C. 5. 57. nur das früher allgemein gegoltene Wahlrecht des Gläubigers zwischen dem Hauptschuldner oder Bürgen enthält, welchem aber durch die Nov. 4. derogirt ist; Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 817. Anm. c., Glück Thl. XXXII. S. 388.

19) Ist der Bürge, welcher für den Hauptschuldner nicht nur das Capital, sondern auch die beträchtlich aufgeschwollenen Zinsreste bezahlt hat, berechtigt, vom Hauptschuldner auch Zinsen von diesen Zinsen zu fordern?

20) Wird die bürgschaftliche Verbindlichkeit auch dann aufgelöst, wenn die Erfüllung der dem Hauptschuldner obliegenden Leistung ohne seine Schuld unmöglich wird?

21) Kann der Bürge, wenn er den Gläubiger durch Vergleich oder Erlaß mit einer geringeren Summe abgefunden, und dagegen die Klage gegen den Hauptschuldner cedirt erhalten hat, diesen doch noch auf die ganze Schuld belangen?

Zu 1) In l. 3. §. 3. D. 36. 4. wird zwar ausgesprochen: ubi semel satis datum est, amplius caveri non debet, und wenn einmal der Bürge angenommen ist, müsse man den Schuldner nicht alle Augenblicke wieder belästigen, si sua voluntate accepit fidejussores, contentus his esse debet; l. 10. §. 1. D. 2. 8. Damit ist aber blos gesagt, daß der Gläubiger nicht hinterher erst die Zulänglichkeit des bereits angenommenen Bürgen in Zweifel und Contestation ziehen dürfe; Mevii Decis. P. III. dec. 210. Ein Anderes aber ist es, wenn außerordentliche unvorgesehene Umstände eine manifeste Untauglichkeit des Bürgen herbeigeführt haben, denn — so fährt die l. 10. cit. weiter fort — Quod si medio tempore calamitas fidejussoribus issignis vel magna inopia accidit, causa cognita ex integro satisdandum erit; Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XLVI. tit. 1. §. 4.*)

Zu 2) In mehreren Gesetzstellen wird diese Frage bejaht, l. 6. §. 2. l. 7. l. 16. §. 3. 4. l. 60. D. 46. 1. — l. 127. D. 45. 1., und l. 16. §. 4. erklärt, daß unter natürlicher Verbindlichkeit sowohl eine solche verstanden werde, welcher die Klagbarkeit abgeht, ohne daß, wenn sie erfüllt worden ist, das gezahlte Geld zurückgefordert werden kann, als auch die aus dem jus gentium abstammenden klagbaren Obligationen; Francke civil. Abhandl. S. 66—69. Man kann auch nicht einmal mit Walch Controv. jur. civ. pag. 561. die Bürg=

---

*) Als bekannt werden hier die verschiedenen Arten der Bürgen vorausgesetzt, als: fidejussor indemnitatis, welcher nur für dasjenige einsteht, was vom Hauptschuldner nicht erholt werden kann; — Afterbürge, fidejussor fidejussoris; Rückbürge, fidejussor succedaneus, wenn vom Hauptschuldner dem Bürgen wieder ein Bürge gestellt wird, der gegen den ersten Bürgen die Verbindlichkeit des Hauptschuldners übernimmt.

schaft für einen Pupillen, welcher ohne Autorität des Vormunds etwas versprochen hat, für unverbindlich erkennen, denn das Gegentheil ist in mehreren Gesetzstellen ausgesprochen, l. 25. D. 46. 1. — l. 35. D. 4. 8. — l. 42. pr. D. 12. 2. — l. 127. D. 45. 1., Glück Thl. IV. S. 57. Anm. 61. u. S. 69.; aber unbestreitbar hat in allen solchen Fällen die Bürgschaft nicht den Effect eines Regresses an den, für welchen sie geleistet wird, Sintenis Civilr. Bd. II. §. 129. S. 830. II., vgl. unten Fr. 13. no. IV. und die deutsche Uebersetzung des Corp. jur. zur l. 25. D. 46. 1. Anm. 10. Daß für eine gesetzlich reprobirte Verbindlichkeit eine rechtsgiltige Verbürgung nicht stattfinden könne, wie z. B. für eine Spielschuld, versteht sich wohl von selbst; Glück Thl. XI. S. 348. Die für einen erklärten Verschwender übernommene Bürgschaft ist ungiltig; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IX. S. 213., Glück Thl. IV. S. 57. — l. 25. D. 46. 1.

Zu 2 a) [Ein Hypothekgläubiger wünschte seine (nach vorgehenden 8000 M. B. versicherte) Hypothekforderung von 2000 M. B. durch Cession zu verwerthen. Zu diesem Ende erwirkte er von N., dem früheren Erbauer des verpfändeten Hauses, die Ausstellung einer Urkunde, worin dieser sich für die Sicherheit der fraglichen Nachhypothek verbürgte — ohne Bezeichnung einer Person, welcher gegenüber die Bürgschaft übernommen wurde. Die Cession ging vor sich. Später verlor der Cessionar einen Theil seiner Forderung im Concurse des Hausbesitzers. Er versuchte nun den Regreß an den Aussteller der Bürgschaftsurkunde. Aber seine Klage ward in allen 3 Instanzen abgewiesen, indem das O.-A.-G. zu Kiel bemerkte: Eine Verbürgung könne nur vermöge eines zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger abgeschlossenen Vertrags geschehen, und ein modernes Herkommen, wonach heutzutage alle ohne Beziehung auf eine bestimmte Person ausgestellten Zusicherungen und Versprechen Jedem ein klagbares Recht gewähren sollen, der in die Lage kommt, worauf jene Verheißungeu berechnet sind, könne aus dem Umstande, daß jetzt einige solcher Zusicherungen (Auslobungen, Inhaberpapiere) als rechtlich bindend anerkannt werden, nicht entnommen werden. Seuffert's Archiv XI. no. 218.]

Zu 3) Nach R. R. darf die Ehefrau eine Bürgschaft für ihr Heirathsgut weder verlangen, noch annehmen, l. 2. C. 5. 20. — l. un. C. Th. de fid. dot. 3. 15.; erst nach getrennter Ehe konnte daher eine solche Bürgschaft giltig entstehen. Der Gerichtsbrauch hat sich aber, auf das canonische Recht gestützt, c. 7. X. de donat. inter vir. et uxor. (4. 20.), für die Zulässigkeit derselben entschieden, wenn

der Vermögensverfall des Ehemanns das Bedürfniß herbeiführt; Leyser Sp. 523. med. 8., Höpfner Instit. §. 839., Glück Thl. XXVII. S. 231. §. 1275., v. Kreittmayr Annott. ad Cod. Civ. Bavar. P. IV. Cap. X. §. 6.*)

Zu 4) Der Bürge muß allerdings nicht allein in Ansehung des Gegenstandes, sondern auch in Beziehung auf Zeit und Ort genau das leisten, was der Hauptschuldner zu leisten gehabt hätte; l. 8. l. 10. D. 13. 4. Doch müssen, insofern bei Leistungen, die auf einen bestimmten Ort lauten, aus Rücksicht der Entfernung eine Frist zu gewähren ist, bei dem, der sich einer solchen Leistung verbürgt hat, sowohl die Verhältnisse des Hauptschuldners als die eigenen Verhältnisse des Bürgen berücksichtigt werden; l. 49. §. 2. D. 46. 1., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 815.

Was die Folge ist, wenn der Bürge sich in duriorem causam obligirt, darüber herrscht noch immer ein Meinungsstreit. Die Meinung des Vinnius ad §. 5. Inst. 3. 20., daß dann die Bürgschaft ganz und gar nichtig sey, welcher Höpfner Instit. §. 840., Glück Thl. XIII. S. 402. Anm. 28., v. Keller Pand. §. 288. gefolgt sind, hat auch an v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 578. einen Vertheidiger gefunden; die herrschende Ansicht ist aber entschieden dafür, daß sie bis zur betreffenden Summe verbindend bleibe, Voet Comm. ad Pand. Lib. XLVI. tit. 1. §. 4., Thibaut System §. 610. (Ed. 8.), Walch Controv. jur. civ. pag. 563. §. 7., Stryck Us. mod. Pand. Lib. XLVI. tit. 1. §. 9., Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 3. §. 10., Carpzov Jurispr. for. P. II. Const. 19. def. 9., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 807., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 599., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 403. (§. 361.), Gmelin u. Elsässer jurist. Beobachtungen u. Rechtsfälle Bd. III. S. 68., Puchta Pand. §. 404., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 2034., Mackeldey Lehrb. d. R. R. §. 437. Anm. d., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. V. S. 229. — Die Anhänger der zuerst angeführten Meinung stützen sich hauptsächlich

a) auf l. 8. §. 7. D. 46. 1. Sie finden in den Worten: Qui pro aliis obligantur, quodsi fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari, zu bestimmt die gänzliche Unverbindlichkeit einer solchen Bürgschaft ausgesprochen, als daß man aus allgemeinen Sätzen, wie utile per inutile non

*) Siebe in Weiske's Rechtslex. Bd. V. S. 518. behauptet sogar, der heutige Gerichtsbrauch kenne das ganze Verbot nicht mehr.

vitiatur, oder in majori semper minus continetur gegen eine specielle und so bestimmte, auch in §. 8. leg. cit. wiederholte Vorschrift argumentiren dürfte.

b) Das Bedenken, daß unstreitig bei dem Constitut eine Nichtigkeit nicht entsteht, wenn durch dasselbe eine größere Summe oder eine härtere Bedingung eingegangen wird, l. 11. §. 1. D. 13. 5., sey unerheblich, weil das Constitut ein von der Bürgschaft wesentlich verschiedenes Geschäft, mithin kein Schluß von jenem auf dieses zulässig sey.

Dagegen ist aber zu erwiedern:

Zu a) Die gänzliche Nichtigkeit einer ihre absolute Grenze überschreitenden Bürgschaft könnte nur dann die Folge seyn, wenn eine Theilung oder Reduction nicht wohl angeht, vielmehr die eigentliche Verbindlichkeit gänzlich ungewiß wird, wie in dem im §. 8. leg. cit. unterstellten Fall; allein wenn es sich blos von einer größeren oder geringeren Summe, überhaupt von einer theilbaren Verbindlichkeit handelt, so läßt sich besonders nach l. 1. §. 4. D. 45. 1. nicht einsehen, warum die Theilung nicht erlaubt seyn soll.*) Die l. 8. §. 7. cit. versetzt uns auch wohl nicht in die Nothwendigkeit, dieses zu behaupten. Abgesehen von den verschiedenen Lesarten dieser Stelle, indem die Florentinische zwar omnino non, die Haloandrische aber non omnino hat (was mehr zu dem natürlichen und mit §. 8. J. 3. 27. übereinstimmenden Sinn führt), und entfernt von einer wohl allzu freien Uebersetzung dieser Stelle, wie sie das deutsche Corpus juris Bd. IV. S. 693. gibt, läßt doch der §. 7. cit. in den Worten: „Die, welche sich für Andere verbindlich machen, werden, wenn sie auch ein härteres Verhältniß eingehen, dadurch (nämlich durch dieses Ueberschreiten) ganz und gar nicht verbunden" — nicht minder jenen einfach natürlichen Sinn zu, welchen wir vorzuziehen geneigt seyn müssen, weil er mit allgemeinen Grundsätzen übereinstimmt, und uns nicht nöthigt, eine gesetzliche Disposition so weit auszudehnen, daß sie von ihrem gesetzlichen Grund ganz verlassen steht. Auch läßt sich

Zu b) die l. 11. §. 1. D. 13. 5. nicht so leicht auf die Seite

*) Daraus, daß eine Bürgschaft aufhört Bürgschaft zu seyn, wenn man sich für etwas Anderes, oder für mehr verpflichtet, als derjenige schuldet, dessen Verbindlichkeit man auf sich nimmt, folgt durchaus nicht, daß sie auch insoweit, als sie ihren rechtlichen Begriff nicht überschreitet, dennoch nicht gelten solle. So gilt ja eine außerordentliche 500 solidos übersteigende Schenkung doch noch bis auf den das gesetzliche Maß nicht übersteigenden Betrag; l. 34. C. 8. 54.

schieben, wo es heißt: Si quis centum aureos debens ducentos constituat, in centum tantummodo tenetur, quia ea pecunia debita est; ergo et is, qui sortem et usuras, quae non debebantur, constituit, tenebitur in sortem duntaxat. Denn, wenn man die l. 8. §. 7. cit. in dem Sinn unserer Gegner nehmen wollte, so würde man, weil sie von allen Arten der Bürgschaften spricht, sich mit der eben angeführten l. 11. §. 1. in offenbaren Widerspruch setzen. Es kommt hiernächst in Betracht, daß sich zwischen fidejussio und constitutum debiti alieni nach heutigem Recht (da die Stipulation weggefallen ist) kein Unterschied in der Eingehung mehr machen läßt, daher die heutige Bürgschaft, die überall durch pactum geschieht, dem Constitut gleich behandelt werden muß; Puchta Pand. §. 404., Mühlenbruch Pand. Bd. II. §. 484., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 2034. Aber auch schon im älteren Recht findet man die billigere Meinung hervorgehoben, wenn man l. 11. §. 1. D. 13. 5. mit §. 5. J. 3. 20. zusammenhält, und den bei v. Vangerow unberührt gebliebenen §. 8. J. 3. 27. in das Auge faßt: Si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi — ut pro Titio sponderes — neque in ampliorem pecuniam fidejubere debes. — Adeo quidem ut Sabino et Cassio placuerit, etiam si usque ad centum aureos cum eo agere volueris, inutiliter te acturum, sed diversae scholae autores recte usque ad centum aureos te acturum existimant, quae sententia sane benignior est.*)

Zu 5) Daß das periculum rei, welches den säumigen Schuldner trifft, schlechterdings auch vom Bürgen getragen werden müsse, ist klar ausgesprochen in l. 24. §. 1. D. 22. 1. — l. 58. §. 1. D. 46. 1. — l. 88. D. 45. 1., sowie, daß mora debitoris zugleich die Verbindlichkeit des Bürgen perpetuirt; l. 49. pr. l. 91. §. 4. D. 45. 1., Girtanner D. Bürgschaft S. 411.

Daß der Bürge, wenn er sich in omnem causam verpflichtet, überhaupt für Alles einzustehen hat, wozu der Hauptschuldner verpflichtet ist, also auch für vertragsmäßige und Verzugszinsen und Früchte, unterliegt ebenfalls keinem Zweifel, und daß eine fidejussio in omnem causam insbesondere dann anzunehmen sey, wenn der Bürge als Selbstschuldner oder Selbstzahler zu haften versprochen hat, ist wohl ebenso unbedenklich; Leyser Sp. 524. med. 6., Albrecht

*) Keinem Zweifel scheint es zu unterliegen, daß der Bürge sich wirksamer als der Hauptschuldner verpflichten könne, z. B. nach Wechselrecht, wenngleich der Hauptschuldner nicht nach Wechselrecht verbunden ist; Kapff merkw. Civilrechtssprüche Bd. I. no. 70., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. V. S. 229.

Entscheid. merkw. Rechtsfälle Bd. I. S. 47. Der Grundsatz stricter Interpretation macht die Haftung des Bürgen für bloße Nebenforderungen nur dann einigermaßen zweifelhaft, wenn er nur schlechthin (simpliciter) dem Rechtsgeschäft eines Andern als Bürge beigetreten ist. Da leugnet v. Madai Lehre von der mora §. 57. die Verbindlichkeit des Bürgen, wenn er nur im Allgemeinen und nicht ausdrücklich in omnem causam intercedirte.*) Auch Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 510. sagt: „Enthält die Bürgschaft nichts von den Zinsen, noch einen Ausdruck, der auf das ganze Object der demnächstigen Schuld bezogen werden kann, so haftet der Bürge für die Zinsen nicht." Der letztere Fall ist aber nicht leicht denkbar. v. Madai stützt seine Meinung: a) darauf, daß die Verbindlichkeit des Bürgen eine obligatio stricti juris sey, aus welcher nur gefordert werden kann, was streng Gegenstand der Obligation gewesen, in obligationem deductum est; b) daß l. 54. pr. D. 19. 2. auf constitutiones hinweist, quibus cavetur, eos, qui pro aliis pecuniam exsolvunt, sortis solummodo damnum agnoscere debere; c) daß nach l. 8. D. 13. 4. der Richter den Bürgen, gegen welchen die actio de eo, quod certo loco gerichtet wird, nicht zum Ersatz der Accessionen verurtheilen könne; und d) indem die Gesetze eine Verpflichtung des Bürgen, Zinsen zu zahlen, überall nur in solchen Fällen, wo derselbe in omnem causam fidejusserit, statuiren, dieselbe eo ipso in anderen Fällen ausgeschlossen sey. Dagegen läßt sich erinnern: zu a) Der Unterschied zwischen obligationibus stricti juris und bonae fidei greift bei uns nicht mehr Platz, mithin kann auch aus demselben nichts gefolgert werden; b) die l. 54. cit. sagt gleichwohl ausdrücklich: „Wenn sich der Bürge für den ganzen Umfang der Pachtung verpflichtet hat, so muß er so gut wie der Pachter selbst die Zinsen für den von diesem zu entrichtenden verzögerten Pachtzins bezahlen." — c) Diese sehr schwierige Stelle handelt von einem andern Fall,**) und spricht blos gegen Erweiterung der Verbindlichkeit des Bürgen; Glück

*) Derselben Ansicht scheint Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 368. (S. 1034. d. 2. Ausg.) zu seyn, indem er sagt: „Wer für eine bestimmte Forderung schlechthin Bürgschaft übernimmt, der haftet nur für die Capitalssumme, nicht aber für Zinsen, Früchte, Schäden, Kosten und Conventionalstrafen;" s. dagegen Walch Controv. jur. civ. pag. 564. §. 8.: Licet fidejussor pro usuris sese expresse non obligaverit, illas tamen quoque solvere tenetur, ubi mutuo accessit usurario, neque expresse saltim solutionem sortis promiserit.

**) Wörtlich wird in der bemerkten l. 8. D. 13. 4. gesagt: Neque enim haec causa recte comparabitur obligationi usurarum.

Thl. XIII. S. 341. — d) Damit, daß die Gesetze allerdings nur auf die intercessio in omnem causam eine implicite Verbindlichkeit für die Zinsen begründen, l. 54. pr. D. 19. 2. — l. 56. §. 2. D. 46. 1. — l. 5. C. 4. 54., ist nicht ausgesprochen, ob eine intercessio in omnem causam nur dann anzunehmen sey, wenn dies wörtlich erklärt wurde, oder auch dann, wenn man einem instrumento obligatorio, in welchem alle Verbindlichkeiten desjenigen, für welchen man mithaftet, ausgedrückt sind, schlechthin beitritt. Es scheint kein hinlänglicher Grund vorhanden, im zweiten Fall das zu leugnen, was man im ersten Fall zugesteht. Als Gegensatz der intercessio in omnem causam kann nämlich nur der Fall einer auf eine bestimmte Summe oder auf einen bestimmten Theil der Verbindlichkeit geleisteten Bürgschaft angesehen werden; l. 68. §. 1. D. 46. 1. — cf. l. 2. §. 12. D. 50 8., [Girtanner D. Bürgschaft S. 387., Seuffert's Archiv XIV. no. 30.] Dagegen wird es einer Verpflichtung in omnem causam gleich geachtet, wenn der Bürge auch nur in terminis generalioribus für den Hauptschuldner zu prästiren verspricht, in quantum illum condemnare ex bona fide oportebit; l. 54. pr. D. 19. 2.*) — Dieser Ansicht ist Cocceji J. C. Lib. XLVI. tit. 1. qu. 11., Hufnagel Mittheilungen no. 105., Mühlenbruch Pand. Bd. II. §. 485., Thibaut System d. P. R. §. 611. Anm. g. (Ed. 8.), v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 353. (361.), Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 813., welcher auch in l. 56. §. 2. D. 46. 1. eine Bestätigung des Satzes findet: daß da, wo die Verbürgung nicht auf eine bestimmte Summe, sondern in Beziehung auf ein verpflichtendes Rechtsgeschäft oder Rechtsverhältniß erfolgt ist, die Bürgschaft nicht ausdrücklich auf die Nebenverpflichtungen gerichtet zu seyn braucht.**) Es versteht sich auch wohl von selbst, daß, wer sich für

---

*) So auch l. 32. pr. D. 26. 7.: Modestinus respondit, in id, quod tutor conveniri potuit, fidejussorem quoque conveniri posse. Der Bürge haftet demnach für vertragsmäßige Zinsen insofern, als entweder die darauf gerichtete Clausel des Hauptvertrags ihm bekannt war, oder dafür angenommen werden mußte, oder aber er sich für den ganzen Umfang dessen verpflichtete, was der Hauptschuldner übernommen hatte; v. Bülow Abh. Th. II. S. 177. „Jede nicht einschränkend ausgedrückte Bürgschaft umfaßt alle Folgen des vom Hauptschuldner bewirkten Verzugs, mithin Proceßkosten, Geldstrafen, Verzugszinsen."

**) Verzugszinsen, Conventionalstrafen, Kosten u. dgl. sind mögliche und natürliche Folgen der vom Bürgen übernommenen Verbindlichkeit, und nicht eine Erweiterung derselben. Man kann daher nicht beipflichten, wenn Koch a. a. O. Bd. III. §. 368. (S. 1032. d. 2. Ausg.) sagt: der Bürge hafte nicht

die Rückgabe einer Sache verbürgt, auch für deren An- und Zuwüchse haftet; Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 368.

Zu 6) Außer den Frauenzimmern führt man hier gewöhnlich Geistliche und Militärs auf. Allein so allgemein ist dies gewiß nicht richtig, und dann fragt es sich, ob es in der heutigen Verfassung noch im Gebrauch und auf dieselbe anwendbar sey. a) In Ansehung der Geistlichen verordnet Nov. 123. c. 6. nur, daß sie sich gewisser Functionen, welche sie von ihrem geistlichen Beruf abzuziehen geeignet sind, enthalten, und folgeweise, daß sie sich auch nicht bürgschaftsweise damit befassen sollen, namentlich pro susceptore aut exactore fiscalium functionum, conductore publicarum aut alienarum possessionum, aut curatore domus aut procuratore litis. Nach dem Canonischen Recht walten in Ansehung des c. 1.—4. X. de fidejussor. (3. 22.) mancherlei Zweifel ob, indem ein allgemeines Verbot darin nicht enthalten scheint, daher es insbesondere bei den Protestanten nicht angenommen wird; Boehmer J. E. Pr. Vol. II. Lib. III. tit. 22. §. 3 —5., Höpfner Instit. §. 838. Anm. 2. u. 9., Pufendorf Obs. T. III. obs. 77., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VII. Med. 363., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 509., Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 808., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. IV. no. 34. S. 197. Anm. 9. Der entgegengesetzten Meinung sind jedoch Leyser Sp. 523. med. 3., Walch Controv. jur. civ. pag. 560. (Ed. 3.), Schmidt D. de fidejussore plane non obligato §. 65., letzterer jedoch mit Ausnahme der für einen Armen geleisteten Bürgschaft. Auf katholischen Standpunkt wird die Frage behandelt in Seiz Zeitschr. f. Kirchenr. u. Pastoralw. Bd. I. H. 1. no. IV.

b) In Betreff des Militärs ist ebensowenig in den römischen Gesetzen ein allgemeines Verbot der Bürgschaftsübernahmen zu finden. Die eine der darüber vorhandenen Gesetzstellen untersagt den Soldaten blos das Pachten fremder Güter und die bürgschaftliche Einmischung in solche Pachtungen, ne omisso armorum usu ad opus rurestre se conferant etc. Die l. 31. C. 4. 65. und l. 8. §. 1. D. 2. 8. erklärt dieselben nur zu fidejussorischen Cautionen vor Gericht für inidoneos; Gottschalk Disc. for. T. I. cap. 27. Daß diese Bestimmungen der römischen Gesetze h. z. T. noch Geltung behaupten können,

---

für die durch Versehen oder Nachlässigkeiten des Schuldners entstehenden Erweiterungen. Allerdings aber kann man dem Bürgen nicht Strafen aufbürden, welche der Schuldner durch Uebertretung richterlicher Befehle oder gesetzlicher Bestimmungen verwirkt hat; l. 68. pr. D. 46. 1. — l. un. C. 11. 34., Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. V. S. 519.

wird zwar häufig angenommen, Höpfner Instit. §. 838., Glück Thl. III. §. 246., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XLVI. tit. 1. §. 13., Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 3. §. 8., Leyser Sp. 523. med. 3. u. 4., Müller ad eund. T. V. Fasc. II. obs. 867., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 2033.; aber von Andern werden sie nicht allein wegen unserer von der römischen so verschiedenen Militärverfassung, sondern auch, weil diese Bestimmungen eigentlich nicht civilrechtlicher, sondern disciplinärer Natur sind, und was zum öffentlichen römischen Recht gehört, nicht in Deutschland recipirt ist, v. Savigny System Bd. III. S. 439., wohl mit Recht für antiquirt erachtet; Göschen Vorlesungen Bd. II. S. 516., Hufnagel Mittheilungen aus der Praxis der Württemb. Civilgerichte H. I. no. 13., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 509., Kapff merkw. Civilrechtssprüche S. 425., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 808., Voet Comm. ad Pand. Lib. XLVI tit. 1. §. 5., Ayrer de fidejussore milite in Opusc. T. I. no. 7., v. Bülow u. Hagemann prakt. Eröter. Bd. IV. no. 34., v. Keller Pand. §. 288. a. E.

Zu 7) Als Erweiterung der Verbindlichkeit kann nur dasjenige angesehen werden, was aus neu hinzukommenden Gründen geschuldet wird; Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 813., v. Bülow Abhandl. Th. II. S. 179. Nun ist

a) eine relocatio tacita doch immerhin ein neuer Contract. Für diese haftet daher, wenn sie ohne seine Zustimmung geschah, der Bürge des ursprünglich auf eine bestimmte Zeit errichteten Pachts nicht, hujus enim novus consensus erit necessarius, l. 13. §. 11. D. 19. 2. — l. 7. C. 4. 65., Girtanner D. Bürgschaft S. 389. Eine Ausnahme glaubte Leyser Sp. 214. med. 4. gleichwohl in folgendem Fall machen zu müssen. Der Pachtcontract war auf 4 Jahre geschlossen, und enthielt dabei die gewöhnliche Clausel, daß der Pachter das Pachtgut nach Ablauf der Pachtzeit dem Eigenthümer zu restituiren habe. Der Bürge hatte für alle im Contract enthaltenen Punkte gut gesagt. Der Pachter blieb nach Ablauf der 4 jährigen Pachtzeit noch etliche Jahre auf dem Pachtgut sitzen, mit dem Pachtgeld aber während dieser Zeit im Rückstand, und nun belangte der Verpachter den Bürgen auf Zahlung dieser Reste. Leyser hält ihn auch wirklich dazu für verbunden, und reformirt die ihm auf Grund der l. 13. §. 11. cit. bereits zu Theil gewordene freisprechende Sentenz deswegen, weil er dem Contract in allen Punkten, mithin auch

wegen Restitution des Pachtguts beigetreten ist. Da aber Leyser selbst den Fall einer relocatio tacita hier annimmt, so ist nicht wohl begreiflich, wie er aus der unterbliebenen Räumung des Pachtguts etwas zum Nachtheil des Bürgen folgern konnte, zu dessen weiterer Verpflichtung doch noch l. 13. §. 11. D. 19. 2. erst ein novus consensus erforderlich gewesen wäre.

b) Nach der Meinung vieler älterer Rechtsgelehrten*) wäre auch der Bürge einer auf eine bestimmte Zeit contrahirten Schuld, wenn der Gläubiger den beschränkt gegebenen Credit verlängert, nicht weiter verantwortlich; vgl. die bei Walch Controv. jur. civ., pag. 576., §. 17. citirten Autoren: namentlich Mynsinger, Mascard, Gaill, Berlich, Lyncker, Schmid u. A., auch Müller Promtuar. juris Vol. III. pag. 195. no. 120., Mevius Dec. P. IX. dec. 167. no. 2.: Qui pro obligatione certi temporis fidejusserit, elapso temporis spatio de obligatione futuri temporis non tenetur, etsi de praeterito obligetur. cf. l. 7. C. 4. 65. Doch unterscheidet Gaill Lib. II. obs. 30. genauer dahin: Prorogationem termini liberare fidejussorum, quando tempus adjectum fuit limitandae obligationis causa, secus si tempus solummodo solutioni adjectum sit. Die Neuern gehen fast alle von dem Grundsatz aus, solange die Hauptverbindlichkeit nicht geendigt ist, endigt sich auch die Bürgschaft nicht, wenn diese nicht selbst auf eine gewisse Zeit eingeschränkt worden ist**), außerdem muß der Bürge, wenn er bei einem länger dem Schuldner gegebenen Credit nicht weiter haften will, auf Enthebung von der Bürgschaft imploriren, v. Quistorp rechtl. Bemerk. Th. I. S. 307. u. 311., Walch l. c. pag. 576., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 342., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 405., Vinnius sel. qu. 2. pag. 42., Roßhirt gem. deutsch. Civilr. Bd. II. S. 567., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 2041., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. V. Med. 305. Die dafür an-

---

*) Bestimmt entscheidend sind die dafür angeführten Gesetze l. 27. C. 8. 41. – l. 41. D. 46. 1. — l. 95. §. 11. D. 46. 3. — l. 7. C. 4. 65. wohl nicht; Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 486. not. 14. erklärt sie jedoch noch für sententia vulgaris.

**) Vergl. Meister de fidejussione *ad tempus* et pro *negotio*, *cui tempus adjectum* est. Gött. 1820., Erk. d. O.-A.-G. zu Celle in Seuffert's Archiv Bd. VII. S. 211.

geführte l. 58. §. 1. D. 46. 1. kann wohl, da sie etwas ganz Anderes, nämlich den unbezweifelten Grundsatz, daß die mora debitoris auch die obligatio fidejussoris perpetuire, ausspricht, nicht als unmittelbar beweisend angesehen werden, man kann aber daraus doch in der Art argumentiren: da der Bürge sich doch einmal die Folgen gefallen lassen muß, welche aus des Schuldners Verzögerung der Zahlung entstehen, so sey es für ihn einerlei, ob der Aufschub mit oder ohne Zustimmung des Gläubigers geschehe. Bestimmter spricht sich l. 62. D. 46. 1.*) für die Fortdauer der bürgschaftlichen Verbindlichkeit aus. Es wird hier dem Bürgen die exc. doli versagt, welche ihm dann zustände, wenn er sich selbst nur auf eine gewisse Zeit verpflichtet hätte, und für eine spätere vom Gläubiger angegriffen würde, Höpfner Institt. §. 841. Anm. 3. Indessen ist auch mit dieser Gesetzstelle die Sache nicht vollständig entschieden, sondern — wie v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 578. Anm. 3. bemerkt — nur soviel gewiß, daß es nach Pandektenrecht so war, und darnach konnte es freilich auch gar nicht anders seyn. Denn da der Gläubiger vor Einführung des beneficium excussionis gar nicht nöthig hatte, den Hauptschuldner anzugreifen, so konnte er weder durch die Unterlassung noch durch Verzögerung dem Bürgen eine Einrede erzeugen.**) Allein ist dies nicht durch Justinians Novelle 4. cap. 1. wesentlich anders geworden? Einige glauben: nein; denn durch sie sey zwar der Gläubiger seiner freien Wahl verlustig und vielmehr an einen gewissen ordo gebunden worden, demzufolge der Bürge in der Regel erst secundo loco zu stehen kommt; allein in eine Verbindlichkeit, durch deren Unterlassung er in culpam gegen den Bürgen verfallen könnte, sey der Gläubiger doch keineswegs versetzt, Jäger in Linde's

---

*) Si fidejussor creditori denunciaverit, ut debitorem ad solvendam pecuniam compelleret, vel pignus distraheret, isque cessaverit, an possit eum fidejussor doli mali exceptione summovere? Respondit, non posse.

**) So ist es auch noch jetzt, im Fall, daß dem benef. excuss. entsagt ist, z. B. wer wegen eines auf gewisse Zeit eingegangenen Pachtcontracts für den Pachter unter Verzicht auf jene Rechtswohlthat sich verbürgt hat, haftet, wenngleich zu Ende der Pachtzeit der Rückstand vom Pachter eingetrieben werden konnte, derselbe aber nachher insolvent wurde; Schmidt hinterl. Abh. I. no. 53. 54.

Zeitschr. Bd. V. S. 231., Bothmer in Gans' Zeitschr. f. Civil- und Criminalrechtspflege im Königr. Hannover Bd. I. S. 15. Dies mag wohl ganz richtig seyn, und der Behauptung von v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. II. S. 156 ff., daß der Gläubiger dem Bürgen culpam levissimam zu prästiren habe, fehlt es allerdings an einem gesetzlichen Grund; aber mit Recht wird doch gegen diese Argumentation erinnert: davon, ob der Gläubiger dem Bürgen zu einer Diligenz verbunden sey, welche eine culpa im Gefolge haben könnte, sey gar nicht die Frage; man könne immerhin zugestehen, daß der Gläubiger nur im eigenen Interesse den Hauptschuldner anzugreifen habe, weil er sonst dem Bürgen nicht beikommen kann, aber eben deshalb komme es nur darauf an, ob denn der Gläubiger an den Bürgen weiter ein Recht hat, als auf das, was er vom Hauptschuldner nicht bekommen konnte, und dies wird durch die Nov. 4. c. 1. auf das Entschiedenste verneint. Steht nun dieses fest, so wird man auch die weitere Frage: ob die Bedingung, nach welcher der Bürge nur dann obligirt ist, wenn der Gläubiger von dem Schuldner seine Befriedigung nicht erlangen konnte, auch dann als erfüllt und demnach die Negation einer für ihn vorhandenen Verbindlichkeit als begründet angesehen werden könne, wenn der Gläubiger durch seine eigene Schuld außer Stand gesetzt ist, von dem Schuldner etwas bekommen zu können, nach allgemeinen Grundsätzen bejahen müssen, C. E. Thibaut D. de fidejussore ob creditoris in exigendo negligentiam liberato. Heidelb. 1829. pag. 10., Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 115., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 578. Anm. 3., Braun Erörter. zu Thibaut §. 954., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 816. Anm. a. Es wird sich auch nichts Gegründetes einwenden lassen, wenn behauptet wird, daß durch die Nov. 4. c. 1. jede Bürgschaft im Wesentlichen*) eine fidejussio

*) Nur unwesentliche Unterschiede findet man angegeben von Walch Controv. jur. civ. pag. 570. §. 14., Thomasius D. de fidejuss. indemnitatis. Halae 1703. Es soll zwar nicht behauptet werden, daß aller Unterschied zwischen fidejussio und fidejussio indemnitatis durch die Nov. 4. aufgehoben sey, aber der Charakter der Bedingtheit (sub conditione debet l. 116. D. 45. 1.) ist wenigstens bis auf einen gewissen Grad beiden gemein geworden.

indemnitatis geworden ist, Leyser Sp. 523. med. 12., v. Vangerow a. a. O., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 371., Voet Comm. ad Pand. Lib. XLVI. tit. 1. no. 38., und daß daher nun auch l. 41. pr. D. 46. 1. als entscheidend betrachtet werden könne, wo in einem Fall, da vom Vormund und auch von seinen Erben die Zahlung gar wohl erlangt werden konnte, und nach deren später eingetretener Insolvenz der Bürge angegriffen werden wollte, entschieden wird: Non temere utilem in fidejussores actionem competere. Demzufolge legt Böhmer auserles. Rechtsfälle Bd. II. Abth. 1. S. 34. überhaupt dem Bürgen den Beweis auf, daß der Schuldner damals vermögend gewesen sey. Die befriedigendste Entscheidung der von uns aufgeworfenen Frage finden wir demnach in v. Vangerow Pand. a. a. O. dahin gegeben: „Die Thatsache, daß der Gläubiger den Zahlungstermin — ohne Zuthun des Bürgen — weiter hinausgerückt hat, ist an und für sich ohne allen Einfluß auf die Bürgschaftsverbindlichkeit. — Wenn aber die Umstände so sind, daß der Schuldner zwar wohl zur Zeit des anfänglich festgesetzten Zahlungstermins noch zahlungsfähig war, man aber seinen Vermögensverfall voraus sehen konnte, und also die prorogatio termini als eine wahre negligentia in exigendo erscheint, dann kann sich der Bürge mit Recht gegen die Angriffe des Gläubigers schützen."*)

Nach diesen Grundsätzen wird auch die in Elvers u. Bender allgem. jurist. Ztg. Bd. III. S. 287. u. 291. erörterte Frage zu beurtheilen seyn, ob der für einen Rechnungsführer eingetretene Bürge von der Zahlungsverbindlichkeit frei zu sprechen sey, wenn sich der Cassenherr bei der Aufsicht über den Rechnungsführer eine Nachlässigkeit hat zu Schulden kommen lassen, s. oben Kap. VIII. §. 279. zu Fr. 10. von Verwaltung fremder Sachen. Für unsere dort ergriffene Meinung, daß desfalls nur der Rechnungsherr die Folgen seiner Nachlässigkeit zu tragen habe, womit auch Erkenntnisse des O.-A.-G. zu Wolfen-

*) Nicht übereinstimmend ist Puchta Pand. §. 405. Er gibt dem Bürgen eine Einrede gegen den Gläubiger, wenn dieser seine Nichtbefriedigung durch den Schuldner selbst verschuldet hat, nur in dem Fall, wenn der Bürge nur als fidejussor indemnitatis oder in Mandatsform intercedirt hat, in welch letzterem Fall der Mandatar freilich schon nach den Grundsätzen des Mandats eine Einrede hat.

büttel v. J 1832. u. 1838. übereinstimmen (welche jedoch Jäger in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 231. und Girtanner die Bürgschaft S. 389. u. S 485. bestreiten, welcher Letztere S. 483. u. 484. selbst mit sich in Widerspruch zu gerathen scheint), hat v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 578. wohl unwiderleglich entschieden. Nach Pandektenrecht nämlich konnte zwar unsere Behauptung allerdings nur für die fidej. indemnitatis gelten, auf welche sie unsere Gegner auch jetzt noch beschränken wollen, weil sich da der Bürge nur für dasjenige verpflichtet hatte, was der Gläubiger von dem Schuldner nicht erlangen konnte, oder für wirklichen Schaden, den der Gläubiger bei Gelegenheit des concreten Rechtsverhältnisses leiden würde, worunter aber nicht begriffen werden kann, was demselben durch seine eigene Schuld widerfährt, denn das ist kein wahrer Schade im rechtlichen Sinn, schließt also auch den Begriff der Indemnisation aus; l. 41. D. 46. 1. Für die Bürgschaft ohne Unterschied konnte dieser Grundsatz nicht gelten, weil ja nach Pandektenrecht der Bürge unmittelbar von dem Gläubiger, der zwischen dem Schuldner und dem Bürgen freie Wahl hatte, angegriffen werden konnte. Dies ist aber durch die Nov. 4. c. 1. mittels der Einführung des benef. excuss. offenbar umgestaltet, wonach jede Bürgschaft im Wesentlichen zu einer fidej. indemn. geworden ist, mithin muß, was in l. 41. cit. von letzterer gesagt ist, nun als allgemeine Regel gelten. Es kommt daher nicht, wie die Gegner meinen, auf die Frage an, ob denn der Gläubiger dem Bürgen zu einer Diligenz verbunden sey, denn die bei jeder Verbürgung sich von selbst verstehende Bedingung, daß der Bürge nur dann einstehen müsse, wenn der Gläubiger nicht im Stande war, vom Schuldner das Seinige zu erhalten, muß auch dann für erfüllt erachtet werden, wenn er durch eigene Schuld hieran außer Stand gesetzt ist.

Zu 8) Es ist bereits oben im allgem. Theil Kap. V. §. 245. zu Fr. 10. Anm. * von der Eviction bemerkt worden, daß die Streitverkündigung vom Bürgen an den Hauptschuldner geschehen müsse,*)

---

*) Gleichwohl kann man nicht behaupten, daß der Bürge, um den Regreß zu nehmen, sich ausklagen lassen müsse. Er kann gutwillig zahlen, wenn ihm keine Exception bekannt war, und der Hauptschuldner muß dann dafür büßen, daß er den Bürgen von dem Vorhandenseyn einer Exception nicht in Kenntniß gesetzt hat, l. 10. §. 11. 12. l. 29. pr. §. 1. 2. D. 17. 1. Doch entschuldigt

insofern jenem Einreden unbekannt seyn können, welche diesem zu Gebote stehen; hat er aber ihm einmal litem denuncirt, so hat er nicht nöthig, gegen widrige Erkenntnisse zu appelliren, denn dann ist es des Hauptschuldners eigene Schuld, wenn er dem Bürgen keine Vertheidigungswaffen geliefert hat; l. 8. §. 8. in f. D. 17. 1. — Nur dann, wenn der Bürge im Besitz einer gegründeten Einrede sich befindet, und unredlicher Weise die Appellation unterläßt, kann er sich an dem Hauptschuldner nicht regressiren; l. 10. C. 4. 35., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 370. I. Indistinct gilt dies von allen Einreden, welche der Schuldner hätte gebrauchen können, wenn er unmittelbar belangt worden wäre, nicht immer aber von Einreden, welche in der Person des verklagten Bürgen selbst begründet sind. Hier macht l. 10. §. 12. D. 17. 1. eine Einschränkung: Si fidejussor ex sua persona omiserit exceptionem, qua reus uti non potuit, *si quidem minus honestam.*

Zu 9) Wenn dem Bürgen die Rechtswohlthat der Vorausklagung des Hauptschuldners zusteht, so kann er durch die provocatio ex leg. si contendat jederzeit die Beendigung des obligatorischen Verhältnisses herbeiführen. Arndts Pand. §. 355. Anm. 7. Hatte er auf sie aber verzichtet, oder steht sie ihm nach besonderen Landesgesetzen nicht zu, so kann er dieses Hilfsmittel nicht gebrauchen, weil es da dem Gläubiger frei steht, wann und gegen welchen von Beiden, den Schuldner oder den Bürgen, er die Zahlung einfordern will; Kapff merkw. Civilrechtssprüche no. 52. S. 331., Gesterding im civilist. Archiv Bd. VII. S. 138. Da ist dann der Bürge auf das Pandektenrecht verwiesen, wonach er auf Befreiung von der Bürgschaft gegen den eigentlichen Schuldner nur dann klagen kann, wenn dieser die Zahlung verzögert — was aber eine auf bestimmte Zeit eingegangene Schuldverbindlichkeit voraussetzt — oder wenn dieser sein Vermögen dilapidirt, l. 38. §. 1. D. 17. 1. — l. 10. C. 4. 35. — c. 5. X. 3. 22. — Außerdem bleibt ihm kein anderes Hilfsmittel, als den Gläubiger zu bezahlen, und sich von ihm die Klage gegen den Hauptschuldner abtreten zu lassen. In dem besonderen Verhältniß, wenn ich als Geschäftsführer eine bürgschaftliche Verpflichtung eingegangen habe, und die Geschäftsführung geendigt ist, bringt es das Recht des negotiorum gestor von selbst mit sich, daß ich gegen den Geschäftsherrn auf Enthebung von der in seinen Angelegenheiten geleisteten Bürgschaft durch

---

den Bürgen seine Unbekanntschaft damit nur dann, wenn er aus Auftrag, nicht aber wenn er per modum neg. gest. gebürgt hat; Sintenis Civilr. Bd. II. §. 129. Anm. 72.

selbständige Uebernahme der eingegangenen Verbindlichkeit, oder wenn der Gläubiger darauf nicht eingehen will, auf Sicherstellung klagen kann, l. 45. §. 2. D. 17. 1. Aehnliches findet auch bei der von dem Vormund für den Curanden geleisteten Bürgschaft nach geendigter Vormundschaft statt; l. 6. D. 27. 4.

Zu 10) Einige behaupten: Ja; Dabelow vom Concurs der Gläubiger S. 535. u. Anm. h., Jäger in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 231., cf. Kind Qu. for. Tom. I. pag. 69. Andere verneinen: v. Gönner Handb. d. Proc. Th. IV. no. 56. §. 31. S. 630., Voet Comm. ad Pand. Lib. XLVI. tit. 1. § 38., Schweppe System des Conc. der Gläubiger §. 112., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 371. [S. 1053. d. 2. Ausg.,] v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 578. Anm. 3., Leyser Sp. 523. med. 15., Mühlenbruch Lehre v. d. Cession S. 437., Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 115. no. 3., Brinkmann wissenschaftl. prakt. Rechtskunde Bd. I. S. 268. — Die verneinende Meinung kann zwar nicht, wie wohl zu geschehen pflegt, mit l. 95. §. 11. D. 46. 3. begründet werden, denn dort ist nur ausgesprochen, daß der in seiner Klage gegen den Schuldner durch seine eigene Schuld sachfällig gewordene Gläubiger nicht mehr den Bürgen in Anspruch nehmen könne; der von der Concursmasse präcludirte Gläubiger aber ist nicht sachfällig geworden, weil er gar noch nicht geklagt hat, auch kann ihm schwerlich entgegengesetzt werden, daß er deswegen den Bürgen nicht mehr belangen könne, weil er ihm nicht mehr actiones zu cediren im Stande sey;*) denn da durch die Präclusion von der Concursmasse das Forderungsrecht des Gläubigers nicht erlischt, und der Cedent nur für die Wahrheit, nicht aber auch für die Güte der cedirten Forderung zu haften braucht, so muß man zugestehen, daß auch der präcludirte Gläubiger immer noch nomen verum cediren könne, wenn auch gleich die Wirksamkeit in exigendo auf eine höchst nachtheilige Weise beschränkt ist. Gleichwohl steht die verneinende Meinung — immer freilich vorausgesetzt, daß das beneficium excusssionis Platz greift, welches die Verbindlichkeit des Bürgen nur

*) Aus diesem Grund wurde gleichwohl vom K. Sächs. O.-A.-G. die vom Gläubiger gegen den Bürgen erhobene Forderungsklage aberkannt; Schwarze u. Heyne Unters. prakt. wichtiger Materien S. 341. Damit stimmen auch überein Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 345. §. 511., Walch Controv. jur. civ. pag. 574. §. 17., Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. VIII. S. 221., Tafel Civilrechtssprüche der höheren Gerichtsstellen in Würtemberg S. 108.

auf den Fall beschränkt, da der Gläubiger von dem Hauptschuldner seine Befriedigung nicht erlangen kann — nach den zur Fr. 7. lit. b. entwickelten Grundsätzen dahin fest, daß, wo der Fall des Nichtkönnens nicht eintritt, auch der dadurch bedingte Anspruch an den Bürgen cessire, mithin der Bürge den gegen ihn klagenden Gläubiger insoweit zurückweisen kann, als er zu beweisen vermag, daß derselbe in totum vel tantum seine Forderung aus der Concursmasse hätte erhalten können.*) Thibaut System §. 612. a. E. (Ed. 8.)., C. E. Thibaut D. de fidej. ob credit. negligent. pag. 10., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 129. Anm. 60., Leyser Sp. 523. med. 16. u. 17., Braun Dict. zu Thibaut §. 953., Weber a. a. O. §. 115. S. 499.; vgl. das vorhin zur Fr. 7. Gesagte. Dieselben Grundsätze gelten auch für den Rückbürgen gegen den Bürgen und den Schuldner; Brinkmann a. a. O. S. 274.

Zu 11) In den römischen Gesetzen kann eine Entscheidung der Frage

a) nicht gefunden werden, weil den Römern unser heutiges Concursverfahren ganz unbekannt war. Die Nov. 4. cap. 1. beschränkt das benef. excuss. des Bürgen auf den Fall, wenn der Schuldner gegenwärtig,**) mithin ebensowenig Schwierigkeit vorhanden ist, ihn zu belangen, als den Bürgen. Im entgegengesetzten Fall hat dieser das beneficium ordinis nicht, wofern er nicht vermag, den Schuldner in angemessener Frist zu sistiren. Dies vermag nun aber der Bürge auch nicht in Ansehung des Gantschuldners, dieser mag nun zugleich flüchtig geworden seyn, oder sich verborgen haben, oder anwesend geblieben seyn, denn im letzten Fall kann er ebensowenig sistirt werden, weil er mit der verlorenen Dispositionsfähigkeit auch nicht mehr facultatem standi in judicio in Hinsicht aller bis dahin eingegangenen obligatorischen Verhältnisse hat, Seuf-

---

*) Ueber das benef. excuss. vergl. Bd. II. §. 129., v. Löhr im civilist. Archiv Bd. XXVI. S. 1. — In Betreff der Frage, ob durch ein pactum remissorium die Bürgschaft in tantum ihre Wirksamkeit verliere, behauptet Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 819. Anm. d., die durch den Vertrag für den Hauptschuldner begründete Einrede komme auch dem Bürgen zu Statten, die von ihm angeführte l. 68. §. 2. D. 46. 1. spricht aber nur von einem freiwilligen Vergleich, was auf den Zwangsnachlaß nicht anwendbar scheint; s. oben im allg. Theil Kap. IV. §. 229. zu Frage 3.

**) Nach der Auslegung der Glosse: wenn der Hauptschuldner und der Bürge in demselben Gerichtsbezirk wohnen.

fert im civilist. Archiv Bd. XI. S. 368., und zwar so wenig, daß nicht einmal sein Geständniß im Concurs dem klagenden Gläubiger etwas nützen kann, weshalb es der Gläubiger gar nicht mehr mit dem Schuldner, sondern nur mit der Gläubigergemeinschaft zu thun haben kann. Der Grundgedanke der in der Nov. 4. c. 1. bezeichneten absentia ist aber wesentlich kein anderer, als die schwierige oder gar völlige Unzugänglichkeit des Hauptschuldners, secum ut agendi potestatem non faceret, l. 23. pr. D. 4. 6. — cf. l. 124. §. 1. D. 50. 17. — l. 209. D. 50. 16. Die Anwendung der Nov. auf das Verhältniß eines Gantirers scheint daher einfach und natürlich, auch war, so wie jede verständige Gesetzgebung es seyn würde,*) nicht minder die Jurisprudenz lange Zeit einverstanden, daß mit dem Ausbruch des Concurses bei dem Hauptschuldner die Einrede der Vorausklagung dem Bürgen nicht mehr zugestanden werden könne. So stimmten — Müller ad Leyser T. VI. obs. 874. ausgenommen — alle älteren Rechtsgelehrten, Voet Comm. Lib. XLVI. tit. 1. §. 17., Mynsinger Cent. 2. obs. 15. no. 2., Gaill Lib. II. obs. 27. no. 14., Carpzov Def. for. P. II. const. 18. def. 15., Berlich P. II. Concl. 24. no. 21. 138. Stryck Us. mod. Lib. XLVI. tit. 1. §. 21., Mevii Dec. P. V. dec. 197., Leyser Sp. 525. med. 6. Auch der alte Novellenepitomator Athanasius stellt im Auszuge unseres Gesetzes die Zahlungsunfähigkeit und Abwesenheit des Hauptschuldners auf eine Linie, s. Epitome Nov. tit. 15. const. 1. in den Ἀνέκδοτα ed. Heimbach T. I. p. 153. Dieser Lehre blieben auch unter den neueren Rechtsgelehrten treu: Boehmer Exc. ad Pand. T. III. p. 180., Walch controv. j. c. pag. 353. §. 13., Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 115. Anm. 8., Trützschler Lehre v. d. Präclusion der Gläubiger S. 61., Schweppe vom Concurs §. 53., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 129., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II.

---

*) Zweckwidrige Gesetze erzeugen immer verkehrte Wirkungen. Wenn man den Gläubiger nöthigt, die 10-, 20—30jährige Dauer unserer Concursprocesse abzuwarten, und dann erst sich umsehen zu können, ob sein Bürge nun noch solvent, ob er nicht gestorben ist, in welche verschiedene Hände sich sein Vermögen zerstreuet hat, so kann die Folge keine andere seyn, als daß jeder Gläubiger den Bürgen auf das beneficium excussionis verzichten läßt, wonach dann dieser nicht allein die billige, sondern auch die unbillige Strenge erleiden muß.

S. 400. (§. 360.), Mühlenbruch D. de jure ejus, cui actionibus cessit creditor p. 46., Sell in Linde's Zeitschr. Bd. III. S. 243., Heimbach ebend. Bd. XIII. S. 387., v. Pufendorf Observationen herausg. von L. Schmidt Obs. 35., Arndts Pand. §. 355. Damit stimmt auch das Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch §. 1356. und das Preuß. Landr. Th. I. Tit. 14. §. 297. überein, nicht minder hat sich das K. Sächs. O.-A.-G. dafür entschieden, Schwarze u. Heyne Unters. prakt. wichtiger Materien no. 20. S. 341., womit auch die Präjudicien mehrerer Obergerichte und Juristenfacultäten übereinstimmen; s. Seuffert's Archiv Bd. III. S. 193., Girtanner die Bürgschaft Bd. II. Kap. IV. §. 17. 22. 23. Kap. V. §. 27. — Gegner dieser Meinung sind Erxleben Princ. de jure pignorum §. 319., Dabelow vom Concurs S. 535., Thibaut System §. 609. (Ed. 8.), Glück Thl. XVIII. S. 383., Gesterding Pfandr. S. 343., Chop civilist. Archiv Bd. XV. S. 50., v. Gönner Handb. d. Proc. Bd. IV. no. 82. §. 31. no. 7. [Seuffert's Archiv IV. No. 42. VII. No. 314. X. No. 48. XII. No. 158.] Sie halten dafür, daß man nicht über den Wortinhalt der Nov. hinausgehen könne, welche blos absentiam debitoris als Ausnahme von der Zulässigkeit der exc. ordinis angibt, und sind dagegen gar nicht scrupulos, auf solche Weise den Begriff der Bürgschaft ganz zu zerstören, denn die Concurseröffnung ist ja die pure Negation, daß der Hauptschuldner ganz*) und daß er zur gehörigen Zeit zahlen könne, und doch soll die Bürgschaft die Verbindlichkeiten des Hauptschuldners in ihrem vollen Umfang erfassen. Die Novelle faßt die Abwesenheit blos in der Eigenschaft einer Erschwerung der Rechtsverfolgung auf, und die größte aller Erschwerungen will man nicht gelten lassen? Die Vertheidiger der analogen Anwendung des Gesetzes, welche in dem argumento a minore ad majus eine unverwerfliche Grundlage hat, weisen uns auch auf eine andere Analogie hin, welche die Nov. 99. darbietet, indem hier Justinian bezüglich des beneficii divisionis den fidejussorem absentem und den inidoneum auf Eine Linie stellt. Es ist daher mit Grund zu behaupten: „der Hauptschuldner ist pro excusso zu achten, wenn über sein Ver-

---

*) Solvendo esse nemo intelligitur, nisi qui solidum potest solvere; l. 114. D. 50. 16.

mögen der Concurs ausgebrochen ist, jedoch muß der gegen den Bürgen klagende Gläubiger die Abtretung der Forderung offeriren, und zugleich beibringen, daß der Liquidationstermin im Concurs noch nicht eingetreten sey, oder wenn er schon abgehalten worden, daß er sich gebührend gemeldet habe," Schwarze u. Heyne a. a. O. Diese Ansicht vertheidigen auch gegen ein die entgegengesetzte Meinung adoptirendes Erkenntniß des K. Bayerischen Oberappellationsgerichts Seuffert u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. VIII. S. 220.

b) Thibaut System §. 609. und Dabelow vom Conc. d. Gläub. S. 175 ff. behaupten, daß der Bürge durch das beneficium excussionis sich solange schützen könne, als das dem Hauptschuldner verliehene moratorium dauert; denn indem er den Bürgen erst excusso debitore principali zu belangen vermöge, müsse er sich auch alle dilatorischen Einreden*) gefallen lassen, welche dieser ihm entgegensetzen kann, auch könne sich der Bürge im Zweifel mit allen Einreden des Hauptschuldners decken. Allein wenn der Letztere, ohnedies sehr schwankend gefaßte Satz nicht fest steht, so wird auch der erstere hinfällig. Der §. 4. J. 4. 14. sagt aber nur: Exceptiones, quibus debitor defenditur, *plerumque* accommodari solent etiam fidejussoribus ejus, und es steht nicht entgegen, daß in l. 19. D. 44. 1. nur der Gedanke ausgedrückt ist, daß auch wider Willen des Beklagten dessen Einreden vom Bürgen in Anwendung gebracht werden können. Vielmehr ist — wie zur folgenden Fr. 13. weiter zu bemerken seyn wird — allgemein anerkannt, daß der Bürge keineswegs von allen Beneficien und Einreden des Hauptschuldners Gebrauch machen kann. Aus den hier und bereits oben im allgem. Theil des Obligationenrechts

---

*) Zwar soll nach der Meinung Einiger, und zwar unter den Aelteren Vinnius Comm. ad §. 10. Inst. de except. no. 10., Zanger Tr. de except. no. 10., u. in neuer Zeit Albrecht die Exceptionen d. gem. deutsch. Civilproc. §. 38., die exc. excuss. als eine peremtorische Einrede, und wieder nach Andern gar nicht als Einrede, sondern als negative Litiscontestation zu betrachten seyn, s. Schmidt die gemischten Einreden §. 6., welch letzteren Falls dieselbe Verschiedenheit der rechtlichen Wirkungen einträte, wie wir sie in dem Streit über die Natur der exc. non adimpleti contract. bemerklich gemacht haben. Fast in allen Lehrbüchern des Processes aber gilt sie als exc. dilatoria, wie neuerlich umfassend begründet Pfeiffer die processualische Natur der Einrede der Vorausklage, Tübingen 1846.

Kap. IV. §. 230. zu Fr. 11. angeführten Gründen prävalirt daher die Meinung, daß ein dem Hauptschuldner vom Landesherrn ertheiltes Moratorium den Gläubiger nicht hindern könne, sich sofort an den Bürgen zu halten, dieser mag auf das benef. excussionis verzichtet haben oder nicht.

c) Es ist sehr bestritten, ob die Erklärung des Bürgen, als Selbstschuldner haften zu wollen, eine stillschweigende Entsagung des beneficium ordinis involvire.*) — Die verneinende Meinung (s. Anton Faber Def. forens. Lib. VIII. tit. 28. def. 31, Lauterbach Diss. de beneficio excuss. §. 22., Stryck de cautel. contract. Sect. II. cap. 6. §. 22., Cocceji J. C. Lib. XLVI. tit. 1. qu. 13., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. IV. no. 36., Madihn Princ. jur. Rom. §. 278., Walch Controv. jur. civ. p. 568. §. 12., Gesterding im civilist. Arch. Bd. IV. S. 5., Desselben Ausbeute von Nachforschungen Th. III. S. 434., Pütter Rechtsfälle Bd. III. Bed. 80.) wird vorzüglich darauf gegründet, daß ein bestimmter juristischer Sinn kaum aus dieser Clausel herauszufinden sey, mithin der, welcher mehr als gewöhnliche Zugeständnisse vom Bürgen habe erlangen wollen, ihn zu einer deutlicheren Erklärung hätte veranlassen müssen. Dagegen sprechen für die bejahende Meinung Fachinaeus Controv. Lib. VIII. cap. 54., Gaill Lib. II. obs. 28. no. 2. 3. 6., Hering de fidejussoribus cap. 17. no. 50., Schmidt de fidejussore principaliter obligato. pag. 32., Mevii Dec. P. IX. dec. 186. no. 10., Struben rechtl. Bed. Thl. I. Bed. 40., Voet Comm. ad Pand. Lib. XLVI. tit. 1. §. 16., Thibaut System §. 609. Anm. e. (Ed. 8.), Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 369., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 817., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 1236., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 401. Anm. u., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 344., Cod. Max. Bavar. civilis P. IV. Kap. X. §. 1., Würtemb. Landr. Th. II. Tit. 5. §. 1. u. 2., Arndts Pand. §. 355. Anm. 4., ferner das Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. §. 1357. u. die Praxis der vor-

*) Von einer anderen öfter vorkommenden Floskel: „Ich verpflichte mich als Bürge und Zahler" ist mit Bestimmtheit zu behaupten, daß ihr kein eigenthümlicher Sinn beizulegen sey. Sie faßt keine Expromission, sondern immer nur eine subsidiäre Intercession in sich; v. Hohnhorst Jahrbücher d. Großh. Baden O.-H.-G. zu Mannheim Bd. III. S. 295., v. Zu-Rhein u. Sartorius Samml. merkw. Rechtsfälle Bd. I. S. 227.

maligen Reichskammerger., Lauterbach Coll. th. pr. Lib. XLVI. tit. 1. §. 29., daß man in einem Vertrag keine Erklärung der Contrahenten als überflüssig und bedeutungslos behandeln dürfe; wolle man aber die Verpflichtung des Bürgen, als Selbstschuldner haften zu wollen, nicht als völlig gedankenlos ansehen, so müsse man annehmen, der Promittent habe seine Verpflichtung nicht auf die allgemeinen Vrrbindlichkeiten eines jeden Bürgen einschränken wollen, und vor Augen gehabt, daß, indem ein debitor principalis das beneficium ordinis nicht ansprechen kann, er es auch nicht könne, wenn er freiwillig diese Eigenschaft annehme.

Ohne Zweifel wird übrigens derjenige Bürge nicht auf dieses Benefiz provociren können, welcher sich verpflichtet hat, falls der Hauptschuldner in einer gewissen Frist die Schuld nicht tilgen würde, Zahlung zu leisten, v. Bülow u. Hagemann a. a. O. Bd. IV. no. 36., und wohl auch, was jedoch v. Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. I. S. 310. widerspricht, derjenige, welcher sich nicht nur als Bürge und Selbstschuldner verpflichtet, sondern auch dabei versprochen hat, auf bloße Vorzeigung des Instruments Zahlung zu leisten; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. no. 247., Hering de fidejuss. c. 27. P. I. no. 106., Bopp Mittheil. aus den Materialien der Gesetzg. und Rechtspflege des Großherz. Hessen Bd. III. S. 115. [Verzicht auf die Rechtswohlthat liegt auch in dem Versprechen des Bürgen, an einem bestimmten Tage zu zahlen; Seuffert's Archiv XIV. No. 33., Arndt's Pand. §. 355. Anm. 4.]

b) Gesetzlich zieht allerdings das bösliche Ableugnen der Bürgschaft den Verlust der Rechtswohlthat der Theilung nach sich, l. 10. §. 1. D. 46. 1., vergl. Martin Rechtsgutachten und Entscheid. d. Spruchcollegiums in Heidelberg Bd. I. no. 9., nirgends ist aber auch der Verlust der Rechtswohlthat der Vorausklagung als Strafe darauf gesetzt. Ungeachtet mehrere Rechtslehrer die heutige Anwendbarkeit der römischen poena inficiationis überhaupt in Abrede stellen, (s. die Citate in Glück Thl. VI. S. 185. Anm. 71., Voet Comm. ad Pand. Lib. XLVI. tit. 1. no. 18.), und, wenn auch dieser Meinung wohl nicht beizupflichten ist, doch die Verschiedenartigkeit beider Benefizien Bedenken erregen muß, was von dem Einen verordnet ist, auf das Andere überzutragen, während doch Strafgesetze überhaupt nicht ausdehnend zu erklären sind — weshalb sich besonders

Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 511. S. 345., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 401. Anm. x., Thibaut Syst. §. 609. Anm. e. (Ed. 8.) dagegen erklären — so hat sich doch nicht nur der sächsische (Gottschalk Disc. for. T. I. cap. 26., sondern auch der deutsche gemeine Gerichtsbrauch für gleiche Wirkung des böslichen Ableugnens bei beiden Rechtswohlthaten entschieden; Glück a. a. O. und die Citate in Anm. 64., Hering l. c. no. 210., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XLVI. tit. 1. §. 39., Stryck Us. mod. ad eund. tit. §. 23., v. Hartitzsch Entscheid. no. 58., Wehrn theoret. prakt. Grundriß der Lehre v. d. gerichtl. Einwendungen S. 102., Oeltze Anleitung zur gerichtl. Praxis §. 121., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. V. no. 297., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 2036., Bucher R. d. Ford. S. 278. §. 131.*), Erk. d. O.-A.-G. zu Dresden im Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1850. no. 19.

Zu 12) Daß dem generellen Verzicht keine rechtliche Wirksamkeit beigelegt wird, kann nach l. 4. §. 4. D. 2. 11. — l. 1. D. 2. 5. nicht bestritten werden; gleichwohl theilen sich die Meinungen darüber, was der Verzicht enthalten müsse, um als ein spezieller zu gelten. Mit Beziehung auf die Glossatoren wird hie und da behauptet, die in den Gesetzen geforderte renunc. specialis sey gleichbedeutend mit renunc. singularis zu nehmen, wonach es nichts gelten soll, wenn der Bürge sagt: „er begebe sich aller Rechtswohlthaten, so jemals einem Bürgen zu Statten kommen können" oder: „aller den Bürgen zum Besten verordneten Benefizien;" Voet Comm. ad Pand. Lib. XLVI. tit. 1. §. 39., Richter Aufsätze über verschied. Rechtsfragen S. 11. Soweit gehen aber die meisten Rechtslehrer nicht, daß sie das Wesen eines speciellen Verzichts gerade nur in einzelner namentlicher Aufzählung der Einreden zu finden glaubten. Sieht man auf den Grund der Regel, daß ein allgemeiner Verzicht nicht schaden soll, zurück, ne incertis verbis imperiti laedantur, Coccеji J. C. Lib. XLVI. tit. qu. 12., indem nämlich in der generellen Ausdrucksform ein bestimmter Gedanke des Verzichtenden nicht erkennbar und, was er von einer so allgemeinen Clausel verstanden habe oder nicht, ungewiß bleibt, so wird man der Meinung beizustimmen geneigt seyn: communis ICtorum sen-

---

*) Ueber die proceßrechtliche Frage: muß die erfolgte Vorausklage des Hauptschuldners in der Klage gegen den Bürgen erwähnt werden? s. Martin Jahrbücher der Gesetzg. u. Rechtspflege in Sachsen Bd. II. S. 295.

tentia generalem renunciationem non excludere, aut facere, quin fidejussor suis beneficiis uti possit, accipienda de ea, quae plane indefinita verbis generalissimis adeoque indiscretis et obscuris fit, und da in der Erklärung auf alle einem Bürgen zustehenden Rechtswohlthaten verzichten zu wollen, ein bestimmter Gedanke ausgesprochen ist, so wird man ihn auch nicht für leer und bedeutungslos nehmen können; Walch controv. j. c. pag. 565. §. 9., Pufendorf Obs. jur. univ. T. II. obs. 43., Mevii Dec. P. IX. dec. 186., Stryk Us. mod. Lib. LXVI. tit. 1. §. 17., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 2036., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XLVI. tit. 1. §. 39., Thibaut System §. 609. Anm. e. (Ed. 8.) v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 401. Anm. w., Seuffert's Archiv XI. No. 40.

Zu 13) Es ist vor Allem

I. außer Zweifel, daß dem Bürgen diejenigen Einreden aus der Person des Hauptschuldners zustehen müssen, durch welche die Hauptschuld ipso jure erlischt, wie exc. solutionis, compensationis, acceptilationis u. dgl., l. 4. D. 16. 2. — l. 5. pr. D. 34. 3. Uebrigens unterscheidet man

II. zwischen exceptiones rei cohaerentes und personales, indem nur erstere, z. B. exc. rei judicatae, jusjurandi, doli, metus, Sct. Vellejani auch den Bürgen zustehen sollen, nicht aber personales, wie exc. competentiae, pacti de non petendo in personam concepti,*) oder auch das beneficium cessionis bonorum, l. 7. pr. D. 44. 1. — l. 21. § ult. l. 22. D. 2. 14. — l. 24. pr. D. 42. 1. In Ansehung des pacti de non petendo muß aber seit der Einführung des benef. excussionis dem Bürgen doch wohl jedes pactum de non petendo des Hauptschuldners zu Statten kommen; s. Girtanner die Bürgschaft S. 247., Mühlenbruch v. d. Cession §. 39. Anm. 438., Schliemann die Haftung der Cedenten S. 88. Anm. 111., vorausgesetzt nämlich, daß er nicht auf das beneficium verzichtet hat; Seuffert prakt. Pand.-R. Bd. III. S. 417. (Ed. 3.), Mühlenbruch Pand. Bd. II. §. 486. Anm. 12.

---

*) Anders ist es bei einem vom Gläubiger mit dem Schuldner eingegangenen pactum de non petendo in rem conceptum, welches ja dann ganz unwirksam wäre, wenn es der Bürge nicht auch gebrauchen dürfte; l. 32. D. 2. 14. cf. l. 27. §. 2. eod.

III. Solche Einreden, welche den Hauptschuldner nicht so ganz befreien, daß nicht noch ein debitum naturale übrig bliebe, befreien den Bürgen nach l. 60. D. 46. 1. nicht. Dies müßte man nun wohl auch von der exc. Sctі. Macedoniani des debitirenden filiusfamilias sagen, aber im Interesse des filiusfamilias muß sie gleichwohl dem Bürgen zugelassen werden, weil dieser sonst gegen jenen den Regreß zu nehmen berechtigt wäre, l. 9. §. 3. D. 14. 6. Man möchte auch die Einrede der Klagverjährung aus der Person des Schuldners dem Bürgen zu versagen geneigt seyn, wenn man annehmen wollte, daß die Verjährung die obligatio nicht ganz zerstöre, sondern noch obligationem naturalem übriglasse.*) Es ist aber doch auch da allgemein angenommen, daß die Einrede der Verjährung aus der Person des Hauptschuldners auch dem Bürgen zukomme,**) Puchta Pand. §. 405. Anm. e., Mühlenbruch v. d. Ceff. der Forderungsrechte S. 437., Weber v. d. natürl. Verbindl. S. 497., insofern nämlich der Bürge das beneficium excussionis oder cedendarum actionum vorschützen kann. Da nämlich dann der Schuldner nicht mehr ausgeklagt und die Klage gegen ihn nicht mehr an den Bürgen abgetreten werden kann, so ist die endliche Wirkung eine Befreiung des Letztern.

IV. Liegt es in der Natur der Sache, daß der Bürge sich nicht derjenigen Einreden des Hauptschuldners bedienen könne, gegen welche gerade die Bürgschaft den Gläubiger schützen soll, und welche der Bürge bei Eingehung der Bürgschaft kennt, oder doch verständigerweise kennen mußte; Voet Comm. ad Pand. Lib. XLII. tit. 3. §. 19., Schweppe röm. Privatr. Bd. III.

*) S. hierüber Bd. I. §. 19. zu Fr. 16. Die dort befindlichen Allegate sind dahin zu ergänzen: Für die stärkere Wirkung der Verjährung: Heimbach in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 436., Vermehren das. Bd. II. no. 9. u. 10., v. Hartitzsch Entscheid. S. 435. Für die schwächere Wirkung: Guyet im civilist. Archiv Bd. XI. S. 62.

**) Eine andere Frage ist es: ob die Klage aus der Bürgschaft in der Verjährungszeit erlösche? Walch Controv. jur. civ. pag. 577. stellt hierüber folgende unbedenklich anzunehmende Sätze auf: §. 20. Interpellato debitore principali, fidejussor, licet non interpellatus fuerit intra longissimum tempus, praescriptionem adlegare nequid. §. 21. Licet fidejussor non sit interpellatus, contra eum tamen creditor post lapsum annorum triginta agere potest, ubi actio contra debitorem principalem adhuc locum habet. Ebenso Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. S. 136.

S. 347., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 578. Insbesondere kommt hier die vielfach besprochene,*) am erschöpfendsten von v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 179. u. 183. Anm. 1. aufgeklärte Streitfrage in Betracht, ob die Restitution des minderjährigen Schuldners auch den Bürgen befreit.**) Der in l. 3. §. 4. D. 4. 4. enthaltene Ausspruch: ut solet interdum fidejussoribus prodesse ist in Paul. sent. rec. I. 9. §. 6. — l. 13. pr. D. 4. 4. — l. 2. C. 2. 24., und nach überzeugender Auffassungsweise der l. 95. §. 3. D. 46. 3. hinlänglich dahin erklärt, daß dem Bürgen alsdann nicht auch nebst dem Minderjährigen geholfen werde, wenn er eben contemplatione juris praetorii, nämlich in Rücksicht der dem Gläubiger aus dem beneficio minoris entspringenden Besorgniß, sich verbürgt hat, was ohne Zweifel auch in dem Fall der l. 1. C. 2. 24. zu supponiren ist; s. Bd. I. §. 21. Fr. 3a., vergl. auch die Anm. in der deutsch. Uebersetzung des Corp. jur. zu l. 25. D. 46. 1. Man kann daher einerseits aus l. 51. D. 3. 3. et ipsi (minori) et fidejussoribus ejus per in integrum restitutionem succurritur nicht folgern, daß dem Bürgen allemal das beneficium minoris zu Statten komme, denn da ist blos gesagt, daß ein minor in der Regel kein tauglicher defensor sey, weil der (versteht sich ohne Rücksicht auf sein minderjähriges Alter) pro cautione judicatum solvi gestellte Bürge ebensowenig in Anspruch genommen werden könne, andererseits aber auch nicht aus den l. 7. §. 1. D. 44. 1. verbis: nec fidejussori danda est exceptio u. l. 1. C. 2. 24. behandelten Fällen die Folge ziehen, daß dem Bürgen niemals auch die Restitutionswohlthat des minderjährigen Hauptschuldners zu Gute komme.

---

*) Glück Thl. V. S. 561., Reinhard Ergänz. zu Glück Bd. II. S. 185., Burchardi v. d. Wiedereinsetzung in den vor. Stand S. 407. 570.

**) Aus der Person des Schuldners erlangt natürlich der Bürge die Restitution nicht, l. 7. §. 1. D. 44. 1., sondern es fragt sich nur, ob die dem Schuldner ertheilte Restitution ihm zu Statten komme; Puchta Pand. §. 105. u. 405. Damit hängt die Frage zusammen: ob der Bürge eines Minorennen, welcher Erbe des Letztern wird, auf das benef. restitut. provociren könne. Als Erbe freilich immer, allein der Gläubiger kann ihn ja auch als Bürgen belangen, und separationem bonorum verlangen; l. 3. pr. §. 1. D. 42. 6. In dieser Eigenschaft kann ihm das benef. rest. nur dann zu Statten kommen, wenn er für den Minderjährigen schlechthin, nicht contemplatione juris minorum, gebürgt hat; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. Med. 222.

V. Von selbst versteht sich, daß der Bürge keine Einrede aus der Person des Principalschuldners hat, wenn er die Bürgschaft animo donandi übernommen und folglich keine Regreßklage gegen den Debitor hat; l. 32. D. 2. 14. — l. 9. §. 3. D. 14. 6. — l. 5. pr. D. 34. 3.

Zu 14) Die Einrede der Theilung findet nicht statt

a) insofern eine ipso jure Getheiltheit bezweckt wird, alsdann, wenn auf dieselbe verzichtet worden ist, doch bleibt dem Mitbürgen nach §. 4. J. 3. 20. noch das auxilium divisionis insoweit, als nicht seine Mitbürgen insolvent oder difficiles conventionis sind, l. 10. pr. D. 46. 1. Dasselbe gilt, wenn sich die mehreren Bürgen solidarisch verpflichtet haben.

b) Wenn der verklagte Bürge sich mit der exc. divisionis hat präcludiren lassen.*)

c) Wenn er die Bürgschaft böslich abgeleugnet hat; l. 10. §. 1. D. 46. 1.

d) Vormundschaftsbürgen haben das benef. divisionis nicht; l. 12. D. 46. 6., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. LXVI. tit. 1. §. 48., Glück Thl. XXXII. S. 392.

e) Von selbst versteht sich wohl, daß der Bürge dieses beneficium nicht in Beziehung auf Rückbürgen, oder solche, an welche erst dann die Reihe kommt, wenn der Gläubiger die gewöhnlichen Bürgen ausgeklagt hat, haben kann, l. 27. §. 4. D. 46. 1., und daß das Benefiz sich immer nur auf den einzelnen Posten bezieht, für welchen mehrere Bürgen mit einander haften, nicht auf Schuldposten aus verschiedenen obligatorischen Handlungen; l. 43. l. 51. §. 2. D. 46. 1.

f) Das beneficium kann auch dem nicht zugestanden werden, welcher eine Frauensperson oder eine der Verbürgung rechtlich unfähige Person sich als Mitbürgen zugesellt hat, deren Unfähigkeit er kannte oder kennen mußte; Leyser Sp. 525. med. 7., l. 48. §. 1. D. 46. 1.

g) Ob der Grundsatz, daß mehreren Mitbürgen das Recht der Theilung zustehe, blos auf den Fall zu beschränken sey, wenn

---

*) Umgekehrt, wenn der Gläubiger selbst auf Theilung eingegangen ist, kann er von dem Bürgen, welcher den treffenden Theil bezahlt hat, nichts weiter fordern. Si semel pars ab uno fidejussorum exacta fuerit, reliqua summa ab illo peti haud potest, quamvis reliqui fidejussores non sint amplius solvendo; Walch Controv. j. c. pag. 572. §. 35. et ibi cit.

dieselben gleichzeitig mit einander angenommen wurden, ist bestritten. Das O.-Trib. zu Stuttgart hat diese Einschränkung verworfen, weil Gleichzeitigkeit in den Gesetzen nicht als Erforderniß ausgesprochen sey; s. Seuffert's Archiv Bd. VI. S. 57. Dagegen hat das O.-H.-G. zu Mannheim wohl richtiger angenommen, daß nur eine gemeinschaftlich übernommene Bürgschaft die Wirkung der Theilung haben könne, denn dies liegt wesentlich in dem Ausdruck confidejussores l. 10. pr. l. 27. i. f. D. 46. 1., und ist noch genauer ausgedrückt in l. 10. §. 1. C. 8. 41. verb. is qui cum altero fidejussit, auch spricht die Nov. 99. c. 1. nur von einer gegenseitigen Verbürgung, und deutet die Erwähnung der partes viriles in l. 51. pr. D. 46. 1. darauf hin; auch die Worte in l. 3. C. 8. 41. licet significes, adjectum esse in obligatione, ut singuli in solidum tenerentur, können nur von einer Zusammenverbürgung Mehrerer verstanden werden. Außerdem steht ja auch die Regel entgegen, daß aus Verträgen Dritter (Nichtcontrahenten) kein Recht erwächst; Seuffert P.-R. §. 385. Anm. 17., Seuffert's Archiv a. a. O. [Die Bürgen müssen die Bürgschaft entweder zusammen in derselben Urkunde oder doch mit deutlicher Beziehung auf einander übernommen haben: Seuffert's Archiv XIII. no. 27. XIV. no. 234. Eine ausführliche Widerlegung dieser auch von Kritz Pand.-R. Thl. I. Bd. 1. S. 173. getheilten Ansicht hat jedoch jetzt Girtanner im civilist. Archiv XLIII. S. 275 ff. geliefert. Vergl. Liebe Stipulation S. 228. u. Arndts Pand. §. 355. Anm. 5.]

Zu 15) Unstreitig dann, wenn der Gläubiger durch seine Schuld in der Forderungsklage gegen den Schuldner sachfällig geworden ist, l. 95. §. 11. D. 46. 3., daher auch, wenn er auf die vom Schuldner erhobene provocatio ad agendum zum ewigen Stillschweigen verurtheilt wurde; Leyser Sp. 523. med. 15. Ob auch dann, wenn der Gläubiger sich im Concurs des Hauptschuldners präcludiren ließ, ist bereits zur Fr. 10. in Betrachtung gezogen worden. Der Bürge kann sich auch condictionem indebiti von dem Hauptschuldner, wenn dieser die vom Bürgen vorher schon getilgte Schuld ebenfalls bezahlte, cediren lassen; l. 29. §. 3. D. 17. 1., Mühlenbruch Lehre v. d. Cession S. 413. Verlustig wird der Bürge des beneficii cedendarum actionum, wenn er den Gläubiger einmal bezahlt hat, denn nun hat ja dieser selbst kein Klagrecht mehr, welches er cediren könnte. So entscheidet bestimmt l. 76. D. 46. 3., Walch contr. jur. civ. pag. 573.

§. 16. et aut. ibi cit. Damit scheint aber l. 36. D. 46. 1. in Widerspruch zu stehen, daher sich auch die Meinungen der Rechtsgelehrten theilen. Die Einen supponiren in der letzteren Stelle den Fall, daß der zahlende Bürge sich doch wohl vor der Zahlung die Cession ausbedungen, und nur vor Ausstellung der Cession bezahlt habe, Mühlenbruch Lehre v. d. Cession S. 445., Seuffert's Archiv XII. no. 117.; die Meinung Anderer geht aber bestimmt dahin, daß dem Bürgen, auch nachdem er gezahlt hat, die Klage gegen den Hauptschuldner cedirt werden könne; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. S. 183., Stryck Us. mod. Lib. XLVI. tit. 1. §. 27., Pufendorf Obs. T. I. obs. 130., Struv. Ex. 47. §. 45., Carpzov Jurispr. for. P. II. Const. 17. def. 16., v. Rüling Entsch. d. O.=A.=G. zu Celle S. 4., Erk. d. O.=A.=G. zu Kiel in Seuffert's Archiv Bd. VII. S. 374. Zur Rechtfertigung dient nach Girtanner die Bürgschaft S. 537. vorzüglich die Betrachtung, daß in allen Fällen einer rechtlich erzwingbaren Cession, ohne den Umweg einer ausdrücklichen Cession eine fingirte Cession angenommen und somit eine actio utilis gegeben wird; vergl. v. Savigny Obl.=R. Bd. I. §. 23. 24.

Die Abtretung der Klagen ist übrigens dem Bürgen nicht absolut nothwendig, um seinen Regreß an den Hauptschuldner zu nehmen, denn es sind ihm auch unmittelbare Klagen gegen diesen gegeben, §. 6. J. 3. 20. (21.), um zu seiner Entschädigung für die bürgschaftlichen Leistungen (doch nicht auch für vermeidliche durch unnützes Weigern und frivoles Processiren über apices juris sich zugezogene Kosten l. 29. §. 4. D. 17. 1. l. 82. §. 1. D. 45. 1. — l. 79. D. 5. 1.) zu gelangen; aber sie kann ihm nützlich seyn, wenn mit der Forderungsklage des Gläubigers besondere Vorzüge verbunden sind. Nothwendig ist aber die Cession im Verhältniß eines Mitbürgen zu seinem Mitbürgen, denn jener kann, wenn er das Ganze zahlt, diesen nicht anders pro rata in Anspruch nehmen, als wenn er sich vom Hauptschuldner, gegen welchen allein sein Mitbürge sich verpflichtet hat, actiones cediren läßt, weil Mitbürgen unter einander in keinem obligatorischen Nexu stehen, l. 39. D. 46. 1. Insoweit stimmen auch Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. S. 183. Med. 152. bei. Ein Concursgläubiger kann übrigens nicht angehalten werden, aaf erhaltene abschlägliche Zahlung dem Bürgen jura zu cediren, v. Rüling a. a. O. no. 12.

Zu 16) Diese Frage muß wenigstens insoweit, als der Gläubiger irgend ein zur Zeit des Schuld= und Bürgschaftsvertrags schon constituirtes Unterpfand aufgibt, schon aus dem Grunde verneint werden,

weil ja der Gläubiger gegen die vom Bürgen erhaltene Zahlung diesem auch die Pfandklage, welche er gegen den Schuldner hatte, abzutreten verbunden ist, l. 2. l. 14. l. 21. C. 8. 41. Dies wird auch durch andere Gesetzstellen bestätigt; denn so kann z. B. derjenige, welcher Auftrag zum Darleihen gegen Pfänder gab, nicht in Anspruch genommen werden, wenn das Darlehn ohne Pfänder gegeben wurde, l. 7. C. 8. 41., mithin muß auch dasselbe gelten, wenn er das bereits erlangte Unterpfand wieder dimittirt, Mühlenbruch v. d. Cession §. 37., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 129. Anm. 56. Zwar meint Knorr im civilist. Archiv Bd. XXVIII. S. 170. „die Bürgschaft müsse mit Bezug auf das constituirte Pfandrecht eingegangen seyn," da er aber doch selbst gesteht, daß in der Regel vorausgesetzt werden muß, der Bürge habe nur mit Beziehung auf das dem Gläubiger vom Hauptschuldner bestellte Pfand die Bürgschaft geleistet, so konnte er wohl dabei nur an den Fall denken, da der Gläubiger sich erst nach constituirter Bürgschaft ein Pfand vom Schuldner hat geben lassen, dieses aber später dimittirt hat. Aus einer res inter alios acta kann dann freilich der Bürge kein Recht erwerben und das ursprüngliche Verhältniß des Bürgen ist in solchem Fall lediglich wieder dasselbe geworden. Nach l. 95. §. 11. D. 46. 3. hat der Gläubiger kein Klagrecht mehr gegen den Bürgen, wenn er gegen den Hauptschuldner durch eigene Schuld den Proceß verloren hat, ebenso ist es aber seine Schuld, wenn er eine Sicherheit seiner Forderung fahren läßt, in Beziehung auf welche der Bürge die Bürgschaft geleistet hat. Nach l. 18. C. 8. 41. ist der Bürge dann nicht haftbar, wenn der Gläubiger das Pfand unter dem Werth verkauft hat, umsoweniger muß jener also haften, wenn dieser sein Pfandrecht willkürlich ganz aufgegeben hat.

Zu 17) Man wird hier verneinend entscheiden müssen. Das Versprechen, für Jemand Zinsen zu zahlen, setzt voraus, daß ein Capital vorhanden sey. Fällt dieses hinweg, so hat die Zinszahlung ein Ende. Da Bürgschaften streng auszulegen sind, so darf man keinen solchen Sinn unterstellen, durch welchen die Beschränkung der Bürgschaft auf die Zinsen dem Bürgen unnütz würde. Eine nicht mehr existirende Zinsverbindlichkeit kann auch dem Bürgen nicht belastet werden; Struben rechtl. Bed. Bd. IV. no. 50.

Zu 18) Die Confusion kann entstehen: a) zwischen dem Schuldner und Gläubiger, dann erlöschen beide Obligationen; b) zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen; hierdurch wird nur der Bürge, nicht der Schuldner frei, l. 71. pr. D. 46. 1. — l. 38. §. 2. l. 43

D. 46. 3. — c) zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen; hierdurch fällt die Nebenverbindlichkeit weg, außer wenn diese civilrechtlich geschützt ist, die Hauptverbindlichkeit aber nur eine obligatio naturalis oder sonst minder gesichert war, l. 21. §. 2. D. 46. 1. — l. 13. D. 45. 2., Koch a. a. O. Bd. III. S. 867., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. Med. 222. S. 155. — l. 3. pr. §. 1. D. 42. 6. Weil nämlich diese Confusion dem Gläubiger nicht schaden darf, steht es ihm frei, auf die Separation des Vermögens anzutragen. Wenn zwei Correalschuldner vorhanden sind, und nur theilweise eine Confusion in der Art erfolgt ist, daß der Gläubiger nur einen derselben beerbt hat, so wird dadurch der andere Correalschuldner, und folglich auch der Bürge insoweit nicht befreit, l. 71. pr. D. 46. 1., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 818. Anm. c.

Zu 19) Diese Frage wird verneinend beantwortet in Hoch Magazin gemeinnütziger Beobachtungen und interessanter Rechtsfälle H. I. S. 102. Dafür spricht allerdings zwar das allgemeine Verbot, Zinsen von Zinsen zu nehmen, l. 28. C. 4. 32. — l. 3. C. 7. 54., und der gewöhnlich angenommene Grundsatz, daß Zinsen nicht aufhören, Zinsen zu seyn, wenngleich die Person des Gläubigers verändert ist, denn so sagt l. 12. §. 6. D. 20. 4., wenn der nachfolgende Gläubiger des vorgehenden Capital und Zinsen ausgelöst hat, so kann er dem Schuldner von diesen Zinsen nicht auch noch Zinsen aufrechnen, non enim negotium alterius gessit, sed suum. Dagegen ist aber einzuwenden: die Wucherverbote können nicht über die Absicht des Gesetzgebers hinaus so weit ausgedehnt werden, daß nicht einmal ein wirklicher Schade vergütet zu werden brauchte, welchen derjenige erleiden müßte, welcher in dem Fall sich befände, fruchtbringende Gelder zum Besten eines Andern unfruchtbar zu machen, oder selbst verzinsliche Capitalien aufnehmen zu müssen, um eine blos aus Gefälligkeit übernommene Verbindlichkeit zu tilgen. Muß doch auch der Geschäftsführer, welcher für seinen Prinzipal Zinsen eingetrieben und in seinen Nutzen verwendet hat, davon wieder Zinsen bezahlen, l. 10. §. 3. i. f. D. 17. 1. Der Bürge erwirbt sich durch seine Intervention die Mandatsklage, welche auf Ersatz alles durch das Mandatsgeschäft gehabten Schadens geht. Man kann immerhin den Satz zugeben, daß Zinsen nicht aufhören, Zinsen zu seyn, wenngleich die Person des Gläubigers verändert ist, aber daraus folgt nicht, daß sie immer Zinsen bleiben müssen, so lange die Person des Schuldners nicht verändert ist, vielmehr hören Zinsen auf, Zinsen zu seyn, sobald sie bezahlt sind, und die Natur der Verbindlichkeit eine Veränderung

erleidet. Der Bürge bezahlt die vom Hauptschuldner in Rückstand gelassenen Zinsen nicht in der Absicht, daß sie in seiner Person immer die Eigenschaft als Zinsen behalten sollen. Deshalb paßt auch die l. 12. §. 6. cit. mit dem derselben ausdrücklich beigefügten Grund nicht hierher, weil der Fall gerade umgekehrt ist: non enim suum, sed alterius negotium gessit; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. V. S. 95., wo für diese Meinung auch angeführt sind: Berlich P. II. dec. 268. no. 33., Struv Synt. jur. civ. Ex. 27. §. 51., Mevius Dec. P. VI. dec. 328. P. VIII. dec. 249., Cocceji jus controv. Lib. 22. tit. 1. qu. 10., Struben rechtl. Bed. Thl. V. Bed. 56., Carpzov P. II. Const. 30. def. 16.

Zu 20) Wenn eine Leistung durch unverschuldeten Untergang der Sache unmöglich wird, so wird auch der Bürge frei, ausgenommen, wenn der Anspruch an den Hauptschuldner wegen eines diesem zur Last fallenden Verzugs auch nach dem Untergang des Gegenstandes der Verbindlichkeit fortdauert, nam mora perpetuat obligationem; Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 819.

Zu 21) Man darf wohl behaupten quod non; denn l. 26. §. 4. D. 17. 1. sagt ja: non plus fidejussorem consequi debere mandati judicio, quam quod solverit, und nach l. 12. pr. D. ibid. soll die act. mandati gegen den Schuldner nicht stattfinden, wenn der Gläubiger dem Bürgen die Schuld geschenkt hat. Der Bürge gerirt doch eigentlich die Geschäfte des Schuldners, indem er für ihn Zahlung leistet, und muß also dem Geschäftsherrn allen Vortheil des Geschäfts zukommen lassen, l. 20. D. 17. 1. Außerdem scheint auch die lex Anastasiana der Mehrforderung entgegenzustehen, denn indem dieses Verbot eine Ausnahme nur im Fall einer Schenkung gelten läßt, so setzt es voraus, daß die ganze Obligation schenkungsweise cedirt ist, diese Ausnahme scheint aber nicht anwendbar auf den Fall, wo sie theilweise verkauft und theilweise cedirt ist. Die von Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VII. Med. 386. gemachte Einwendung, das Benefiz, welches der Gläubiger für den Vortheil gibt, im Augenblick des Bedarfs sein Geld zu erhalten, gebühre mit Recht dem, welcher ihm diesen Vortheil gewährt, kann wohl nicht entscheiden; v. Buchholtz krit. Jahrb. 1848. S. 974.

§. 312.

2. Mandatum qualificatum.

Dig. XVII. 1. mandati vel contra. XLVI. 1. de fidejussoribus et mandatoribus. Cod. IV. 35. mandati vel contra. VIII. 41. de fidejussoribus et mandatoribus.

1) Inwiefern unterscheidet sich das s. g. mandatum qualificatum oder der mit Verbindlichmachung*) verknüpfte Auftrag zum Creditgeben von der Bürgschaft?

Zu 1) Die meisten rechtlichen Folgen dieser Art der Intercession erklären sich schon aus der rechtlichen Natur eines jeden Mandats. Die eigenthümlichen Folgen der Intercession nimmt dasselbe an: 1) in Beziehung auf das Sctum Vellejanum, welchem nicht blos durch eine beliebig veränderte Form entgegengetreten werden darf; l. 1. pr. l. 2. pr. u. §. 4. D. 16. 1. 2) in Ansehung des auxilii divisionis; l. 7. D. 27. 7. — und 3) des beneficii ordinis s. excussionis. Doch unterscheidet sich der Creditauftrag von der Bürgschaft vorzüglich in folgenden Punkten: a) Der mandator haftet dem Gläubiger nur dann, wenn er das Darlehn ganz auf die Art leistet, wie der Intercedent es mandirt hatte, l. 7. l. 22. C. 8. 41., woraus folgt, daß der mandator liberirt wird, wenn der Gläubiger die Zahlungsfrist ohne Zustimmung des Mandators verlängert; Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 353. §. 514. — b) Der mandator kann den Gläubiger als seinen Mandatar anhalten, die Forderung vom Hauptschuldner beizutreiben, was in der rechtlichen Natur der Bürgschaft durchaus nicht liegt; c) sich der Einreden des Hauptschuldners zu bedienen, was dem Bürgen erlaubt ist, steht nicht ebenso dem mandator frei, denn der Mandant ist dem Mandatar jedenfalls Entschädigung schuldig, wenn Letzterer ein ihm nachtheiliges Mandat bekommen hat; l. 13. pr. D. 4. 4. — d) Der mandator ist als Intercedent aus der von der Schuld des Hauptschuldners ganz getrennten obligatio mandati verpflichtet. Wenn aus letzterer gezahlt wird, kann darum das

---

*) Zum Unterschied vom bloßen Rath und auch von der Vermittelung eines Mäklers (proxeneta), quia hic monstrat magis nomen, quam mandat, tametsi laudet nomen; l. 2. D. 50. 14. — Zur Literatur ist vorzüglich zu bemerken: Zimmern in dessen u. Neustetel röm. rechtl. Unters. Bd. I. S. 255., Gesterding alte und neue Irrthümer Abh. VI. S. 185.

Hauptschuldverhältniß noch nicht als aufgehoben betrachtet werden, l. 28. D. 17. 1.; wenn also der mandator sich auch erst nachher von seinem Mandatare (dem Gläubiger) dessen Klagrecht gegen den Schuldner cediren läßt, so ist diese Cession allerdings wirksam, vergl. Gesterding a. a. O.

---

§. 313.

3. Constitutum debiti alieni.

Dig. XIII. 5. de pecunia constituta. Cod. IV. 18. de constituta pecunia.

1) Was für Verschiedenheiten finden zwischen fidejussio und constitutum debiti alieni statt?

Zu 1) Mehrere Rechtsgelehrte halten dafür, daß der Unterschied blos in der Form der Eingehung gelegen sey, und da dieser im heutigen Recht nicht mehr bestehe, auch von einem praktischen Unterschied nicht mehr die Rede seyn könne, Neustetel u. Zimmern röm. rechtliche Unters. S. 255., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 373., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 410. (§. 367.) u. A.*) Die Meisten erkennen aber doch einen wesentlichen Unterschied insofern an, als das constitutum debiti alieni einen weiteren Umfang habe. Der Beitritt zu einer fremden Verbindlichkeit kann nämlich entweder blos Sicherheit für einen scrupulosen Gläubiger bezwecken, oder auch zu anderen Zwecken geschehen.**) Aus dem ausgedehnteren Zweckbegriff erklären sich die Abweichungen des Constituts von den Regeln der Bürgschaft, insbesondere: a) daß durch das Constitut das Object, der Gläubiger, die Bedingung, Zeit und Ort der Leistung verändert, auch eine alternative in eine einfache Verbindlichkeit umgewandelt werden kann; l. 1. pr. §. 5. 8. l. 3. §. 2. l. 4. l. 5. §. 2. D. 13. 5.,

---

*) Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. III. S. 48. bemerkt: „man möchte das praktische Verhältniß beider Institute vielleicht eher so bestimmen, daß jetzt die ganze fidejussio, d. h. jeder in Folge ihrer Eigenthümlichkeiten vom Constitut abweichende Einfluß gänzlich aufhören müsse.“

**) Z. B. A. ist dem B. ein Pferd schuldig, und C. verspricht dem B. dafür einen Wagen, den dieser lieber haben will; oder A. soll dem B. etwas nach Hamburg liefern, aber dem B. zu Gefallen übernimmt C. die Lieferung in Lübeck; Braun Erörter. zu Thibaut §. 940.

Bruns in s. Zeitschr. f. Rechtsgesch. I. (1860.) S. 103. — b) daß der Constituent nicht völlig die Einreden des Schuldners gebrauchen darf, sondern nur die zur Zeit des Constituts schon vorhandenen, nicht aber die erst später entstandenen; l. 18. §. 1. D. 13. 5. — c) daß, insofern auch anderweite Vortheile für den Gläubiger durch das Constitut bezweckt werden, es nicht angehen kann, wenn der Constituent den Gläubiger auf den Hauptschuldner vi beneficii excussionis verweisen wollte; Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 515. [Nach dem Wortlaut der Nov. 4. scheinen die Constituenten fremder Schulden ohne alle Einschränkung zu der Einrede berechtigt; v. Vangerow Pand. III. §. 579. Anm. 109. aber bemerkt dagegen, daß eine solche Bestimmung eine arge Absurdität von Justinian gewesen wäre, und hierzu fügt Bruns a. a. O. S. 101., man müsse unterscheiden, ob ein Constitut zum Zweck definitiver Zahlungspflicht oder bloßer Sicherstellung des Gläubigers gegeben sey; Justinian denke nur an letztere. „Somit muß man alle Constitute, die nach dem alten Princip zum Zwecke der wirklichen definitiven Zahlung gemacht werden, von der Einrede ausschließen, und zwar ohne Unterschied ob sie sich von der Hauptschuld unterscheiden oder nicht; bei einer Delegation durch Constitut z. B., oder in dem Falle der l. 26. D. 13. 5. würde die Einrede allerdings eine arge Absurdität seyn. Bei den Constituten zum Zwecke der Bürgschaft dagegen muß man die Einrede in der Regel zulassen, wenn sie auch Modificationen der Hauptschuld enthalten, sofern diese nur als blos eventuell versprochen angesehen werden können. Ist dieses nicht möglich, so ist dies eben ein Zeichen, daß das Constitut überhaupt gar nicht zum Zwecke der Bürgschaft, sondern eben zum Zwecke der wirklichen absoluten Zahlung geschlossen wurde, und dann ist die Einrede deshalb allerdings ausgeschlossen, so namentlich, wenn der Constituent die Zahlung auf eine Zeit vor der Fälligkeit der Hauptschuld constituirt." Vergl. auch oben zu Fr. 11. c. a. E.]

Dagegen fällt, wenn es in den Grenzen einer bloßen Sicherheitsbestellung bleibt, das constitutum debiti alieni und die fidejussio in Eins zusammen, daher auch bei jenem wie bei dieser das Object der Verbindlichkeit nicht vergrößert werden darf, obwohl daraus wenigstens keine Nichtigkeit des Constituts entsteht (s. §. 312. zu Fr. 4.), ferner die fremde Schuld wenigstens auf einer obligatio naturalis beruhen muß, was überhaupt bei jeder Intercession vorausgesetzt wird, Frauenzimmer davon ausgeschlossen sind, mehreren Constituenten das beneficium divisionis zusteht, l. 3. C. 4. 18., endlich die exc. excussionis nach Nov. 4. c. 1. und das beneficium cedendarum actionum,

wenigstens nach der Praxis, wenn auch, wie Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. III. S. 47. bemerkt, die Rechtsquellen es nicht besonders erwähnen (aus welchen jedoch l. 3. C. 4. 18. dafür angeführt wird), stattfindet; v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 409. (§. 367.), Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 515., Thibaut System §. 613. (Ed. 8.), Glück Thl. XIII. §. 851., vorzüglich von Vangerow Pand. Bd. III. §. 579.

---

§. 314.

4. Intercession der Frauenzimmer.*)

Dig. XVI. 1. Cod. IV. 29. ad Sct. Vellejanum. — Paul. I. 21.

1) In welchen Fällen ist der Vellejanische Rathsschluß zufolge seines Prinzips unanwendbar? auch
2) wenn die Intercedentin sich für ihre Intercession hat bezahlen lassen?
3) Wenn die Frauensperson die Verbindlichkeit eines Andern in der Art übernimmt, daß sie Geld entlehnt, und an den Gläubiger desselben auszahlen läßt, um ihn von seiner Schuld zu befreien, oder um das aufgenommene Geld einem Andern zu creditiren, ist dann der Darleiher auch der Einrede des Scti. Vellej. unterworfen?
4) Ist auch eine weibliche Intercession, welche animo donandi geschieht, dieser Einrede ausgesetzt?
4a) [Ist bei einer Intercession durch Alleinverpflichtung der Einfluß des Sct. Vellej. dadurch bedingt, daß der Dritte

---

*) Zur Literatur dieser Materie ist zu bemerken: Röslin Abhandl. von den besond. weibl. Rechten, 2 Bde., Klügel D. de Scto. Vellej. s. de intercessione mulierum Vitemb. 1783., v. Zangen über weibl. Bürgschaften in Concurssachen, Biener de fidejuss. mulierum quaest. in Opusc. Vol. I. no. 26., Roßhirt Zeitschr. f. Civil- u. Criminalr. H. 2. S. 135., Kattenhorn über Intercession der Frauen nach R. R. (Gießen 1840.), Bolley vermischte juridische Aufsätze: über die Bedingungen der Giltigkeit einer weiblichen Intercession und von den Intercessionen der Handelsfrauen S. 386., Windscheid D. de valida mulierum intercessione Bon. 1838., Boehmer de efficaci mulierum intercessione; in Exerc. ad Pand. III. Exc. 50., Gercke Comm. de limitibus S. C. Vellejani. Hannov. 1795., Suse Comm. de jure singulari foeminae intercedentis Götting. 1803., Hasenbalg Beitr. z. Lehre v. d. Intercession Bd. I. (Gött. 1856.)

das Geschäft, welches die Frau eingeht, selbst einzugehen beabsichtigt habe?]

5) Ist eine Frauensperson nicht schon alsdann des Betrugs schuldig, wenn sie eine fremde Verbindlichkeit auf sich nimmt, während sie recht gut weiß, daß diese Verbindlichmachung nichts gilt?

6) Kann die Frauensperson ihre Rechtswohlthat auch gegen einen minderjährigen Gläubiger gebrauchen, oder auch gegen eine creditirende Frauensperson? auch gegen eine pia causa?

7) Unter welchen Voraussetzungen wird die exc. Scti. Vellej. durch eine nach Ablauf von 2 Jahren erfolgte Erneuerung der weiblichen Intercession aufgehoben, und hat dieselbe nur eine Wirkung ex nunc oder ex tunc?

8) Schließt eine eidliche Bekräftigung der Intercession die Berufung auf das Sct. aus?

9) Wenn sich eine Frau neben ihrem Ehemann als Selbstschuldnerin verpflichtet, muß sie dann doch blos als Bürgin betrachtet werden? desgleichen auch dann, wenn sie sich als Selbstschuldnerin und dagegen der Mann als Bürge unterschreibt?

10) Gilt die Intercession der Frau für ihren Ehemann, wenn sie sie nach seinem Tod anerkannt, oder erst nach seinem Tod seinen Gläubigern Bürgschaft geleistet hat?

11) Gilt unter den mit der Intercession oder Correalität der Ehefrau versehenen Gläubigern ein Vorgang der Zeit im Concurs des Ehemanns?

12) Ist die Intercession der Handelsfrauen in Handelsgeschäften giltig? ingleichen regierender Damen?

13) Kann die Frauensperson, auch nachdem sie aus ihrer Intercession bereits Zahlung geleistet hat, diese wieder condiciren, und ein für ihre Bürgschaft gegebenes Unterpfand auch von einem dritten Besitzer vindiciren?

14) Kann einem Verzicht auf das Sct. Vellej. rechtliche Wirksamkeit beigelegt werden, und unter welchen Voraussetzungen?

15) Ist die Intercession einer Frauensperson allemal ungiltig, wenn sie nicht in einer öffentlich ausgefertigten und von 3 Zeugen untersiegelten Urkunde*) geschehen ist?

---

*) H. z. T. gilt jede von der Obrigkeit ausgefertigte Urkunde, als eine öffentliche Urkunde, ohne daß es der Unterschrift dreier Zeugen bedürfte, und

16) Ist es auch eine ungiltige Intercession, wenn eine Frau auf ein ihr zustehendes Pfandrecht zu Gunsten eines anderen Gläubigers ihres Schuldners verzichtet?

17) Wie gestaltet sich das Verhältniß des durch die exc. Scti. Vellej. zurückgewiesenen Gläubigers sofort zum Schuldner und etwaigen Mitintercedenten der Frauensperson?

Zu 1) Das Senatsconsult*) bezweckt blos Schutz des weiblichen Geschlechts gegen Verbindlichmachung für Andere ohne genugsame Erkenntniß und Vergegenwärtigung der künftigen nachtheiligen Folgen. Es kann also nicht Anwendung finden: A. Wenn die Verbindlichkeit auf ein eigenes Interesse der Frauensperson bezüglich ist; l. 13. pr. l. 27. §. 2. D. 16. 1. — l. 6. pr. C. 4. 29. prima facie quidem alienam, revera autem suam obligationem suscipit. Mehrere Fälle dieser Art sind aufgeführt in l. 8. pr. l. 13. pr. l. 22. l. 27. §. 2. D. 16. 1. — l. 2. l. 6. C. 4. 29.; Hasenbalg Beitr. z. Lehre v. d. Interc. I. S. 75. Insbesondere gehört hierher, wenn eine in allgemeiner Gütergemeinschaft lebende Ehefrau sich für contrahirte eheliche Schulden mit verpflichtet; Glück Thl. XV. S. 34., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. XI. S. 107. Ob deren Verbürgung für solche Schulden, welche der Mann vor der Ehe schon contrahirt hat, auch unter diesen Ausnahmsfall zu rechnen sey, hängt davon ab, ob nach den besonderen Rechten die eheliche allgemeine Gütergemeinschaft sich auch auf diese erstreckt; Glück a. a. O. — B. Wenn die Frauensperson zwar irgend eine Haftung, aber doch immerhin aus einer eigenen und selbständigen Handlung eingeht.

---

was eine öffentliche Urkunde sey, muß nach den Gesetzen eines jeden Orts beurtheilt werden; Höpfner Instit. §. 838. Anm. 3., Röslin von weibl. Rechten Bd. II. S. 191., Glück Thl. XIV. S. 457. Anm. 64.

*) Daß die Einrede aus dem Vellejanischen Rathschluß als exc. rei cohaerens auch auf Erben und Bürgen der Bürgin übergehe, l. 14. l. 20. C. 4. 29. — l. 8. §. 4. D. 16. 1., ist unbezweifelt. Desgleichen, daß dieselbe, wo nicht besondere Proceßordnungen entgegenstehen, in quocunque stadio processus vorgeschützt werden könne, s. l. 11. D. 14. 6., Glück Thl. XV. S. 52. — Man hat zwar häufig die privilegirte Qualität gewisser Einreden durch den §. 37. d. J. R.-A., welcher alle Einreden auf einmal vorgebracht wissen will, für aufgehoben betrachtet, aber doch wohl mit Recht entgegnet Heimbach im Rechtslex. Bd. III. S. 792., daß ein neues selbst unbeschränkt allgemeines Gesetz die in älteren Gesetzen gemachten Ausnahmen nicht aufhebe. Auch klagweise kann die Liberation von einem ausgestellten Bürgschafts-Instrument durch condict. indeb. bewirkt werden; l. 3. C. 4. 5.

z. B. eine Frauensperson läßt sich vom A. eine Summe zahlen, welche dieser eigentlich an den B. schuldet, und verbindet sich dagegen, die Genehmigung des B. beizubringen. Ihre Haftung für die zu hoffende Genehmigung ist kein Eintreten in die Verbindlichkeit eines Andern, denn der A. bleibt dessenungeachtet dem B. fortwährend verbunden, die Frauensperson ist vielmehr schuldig zurückzuzahlen, was sie ohne Rechtsgrund haben würde; l. 15. D. 16. 1. — Oder: eine Frauensperson bewegt Jemanden zur Antretung einer Erbschaft unter der Versicherung, ihn, wenn sie nachtheilig für ihn ausfallen würde, schadlos zu halten. Da wäre nur eine Verbindlichkeit ex mandato oder stipulatione indemnitatis, nicht eine Intercession, welche nicht apud eundem pro eo ipso denkbar ist; l. 19. pr. l. 22. D. 16. 1., Sintenis in Linde's Zeitschr. Bd. X. S. 55. — C. Wenn kein Nachtheil aus der Handlung für sie entspringt, indem sie dadurch ihr Vermögen nicht vermindert, z. B. wenn das, was durch ihre Intercession erlangt worden ist, zu ihrem Besten verwendet wurde, — was aber nicht gesagt werden kann, wenn es in einer pactirten Ehe, in welcher ja der Ehemann gegen das empfangene Heirathsgut zum Unterhalt der Frau und Kinder verpflichtet ist, in den gemeinschaftlichen Haushalt verwendet worden ist, s. Erk. d. O.-H.-G. zu Mannheim Jahrg. 1824. S. 278. der Jahrbücher — oder wenn sie im Voraus erhalten hat, was ihr aus einer eingegangenen Expromission zu zahlen obliegt, l. 16. pr. l. 21. pr. l. 22. D. 16. 1., Hasenbalg a. a. O. S. 79. — oder wenn sie Erbin des Hauptschuldners geworden ist; l. 8. §. 13. D. 16. 1. cf. l. 95. §. 2. D. 46. 3. — D. Nicht jede Dahingebung einer Frauensperson zum Besten eines Andern fällt in das Bereich des Senatusconsults; z. B. sie zahlt für einen Andern, oder gibt an Zahlungsstatt, oder delegirt ihm ihren Schuldner, überweist dem Gläubiger eines Andern den Preis einer zu diesem Ende verkauften Sache,*) oder sie tritt einem Andern ein gegenwärtiges Recht ab. Alles dies sind Handlungen, welche in ihren Wirkungen schon vollendet dastehen, und bleiben demnach bei Kräften; l. 4. §. 1. l. 5. pr. l. 8. §. 5. D. 16. 1. — l. 1. l. 4. l. 9. C. 4. 29. — l. 2. §. 4. D. 16. 1., Glück Thl. XIV. S. 443., Sintenis a. a. O. Bd. X. S. 50.: Non quae *diminuit*, restituitur. Das Sct. schützt

*) Die scheinbar entgegenstehende auf verschiedene Art erklärte l. 32. §. 2. D. 16. 1. mag blos von einer Vollzugshandlung eines ungiltigen weiblichen Intercessionsgeschäfts zu verstehen seyn; Sintenis a. a. O. S. 51., vergl. Glück Thl. XIV. S. 460. Anm. 73., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 398. Anm. f.

das weibliche Geschlecht nur gegen solche Handlungen, welche künftige schädliche Folgen zu erzeugen geeignet sind. Nur omnis omnino *obligatio* Scto. Vellej. comprehenditur; l. 2. §. 4. D. 16. 1. — Daher, was die Frauensperson aus freien Stücken für einen Andern zahlt oder gibt, kann sie nicht wieder zurückfordern, wohl aber dasjenige, was sie aus einer vorhergegangenen Verbindlichmachung für einen Andern, in der irrigen Meinung dadurch verbunden zu seyn, bezahlt hat; l. 40. D. 12. 6. — l. 9. C. 4. 29. — l. 32. §. 2. D. 16. 1., Sintenis a. a. O., Glück Thl. XIII. S. 103. Thl. XIV. S. 459 ff. Sie kann daher auch das zur Verstärkung ihrer Bürgschaft gegebene Pfand unstreitig zurückfordern; l. 32. §. 1. D. 16. 1., Glück a. a. O. Thl. XI. S. 348. Thl. XIV. S. 459. Thl. XV. S. 58. Thl. XVIII. S. 166. Ex singulari favore dotis soll die exc. Scti. Vellej. wegfallen, wenn die Intercession für Bestellung eines Heirathsguts geschehen ist; l. 12. l. 25. C. 4. 29., Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. III. S. 795., Girtanner die Bürgschaft S. 357. Die vorherrschende Ansicht läßt aber diese Ausnahme nur dann gelten, wenn die in l. 23. C. 4. 29. vorgeschriebenen Solennitäten beobachtet worden sind, ohne welche die Intercession einer Frauensperson nichtig wäre; Glück Thl. XV. S. 26., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 581. no. 4., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 129. Anm. 79., 88. u. 98.

Zu 2) Man streitet sich darüber, ob diese Ausnahme vom Sct. schon stattfinde, wenn die Intercedentin nur irgend eine Bezahlung, viel oder wenig genommen habe, oder ob dabei eine der Größe der Gefahr angemessene Belohnung vorauszusetzen sey. Letzteres behaupten Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 363., Glück Thl. XV. S. 29., Thibaut System §. 606., Röslin Abh. v. d. besond. weibl. Rechten Bd. II. S. 212. und andere bei Glück Anm. 57. u. 58. citirte, und lassen darüber das richterliche arbitrium entscheiden. So auch Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. III. S. 795. Allein das Gesetz disponirt indistinct, mulierem, si intercesserit, sive ab initio, sive postea *aliquid* accipiens, ut sese interponat, omnimodo teneri; l. 23. C. 4. 29. Eine solche Frauensperson macht aus der Bürgschaftsleistung ein eigenes Geschäft und handelt aus Gewinnsucht, welcher das Gesetz nicht, sondern nur der Gutmüthigkeit und Schwäche des weibl. Geschlechts zu Hilfe kommen will. Für die erstere Meinung sprechen daher Donell. Comm. j. c. Lib. XII. c. 32. §. 6., Voet Comm. ad Pand. Lib. XVI. tit. 1. §. 11., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 375. (S. 1069. d. 2. Ausg.), v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 581., Puchta Pand.

§. 408., Arndts Pand. §. 361., Infirmitas enim foeminarum auxilium meruit. l. 2. §. 3. D. 16. 1.*)

Zu 3) Es ist zwar bereits bemerkt worden, daß es keine Intercession sey, wenn eine Frauensperson für einen Andern Zahlung leistet, aber wenn sie auf Verlangen desselben, um seinen Gläubiger zu befriedigen sich einem Dritten verbindlich macht, und von diesem das Geld zur Bezahlung aufborgt, so intercedirt sie allerdings, denn sie macht sich zur Schuldnerin, zwar nicht dem Gläubiger des Schuldners, aber doch um dieses Schuldners willen einem Dritten, um jenen von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Sie ladet also in dieser Hinsicht eine fremde Verbindlichkeit auf sich; Glück Thl. XV. S. 10. Anm. 19. Es müßte ihr also die Wohlthat des Sct. zugestanden werden, wenn der Darleiher das Geld wieder von ihr fordern würde. Allein die in dem Geschäft versteckte Intercession konnte dem Darleiher ganz unbekannt seyn, und dann kann sie auch die Einrede des Senatusconsults nicht gegen ihn gebrauchen. Dieser durch verschiedene Fälle in l. 4. pr. l. 6. l. 11. l. 12. l. 28. §. 1. D. 16. 1. — l. 1. C. 4. 29. durchgeführte Grundsatz, daß die Frauensperson sich auf das Sct. nicht berufen könne, wenn der Darleiher entschuldbarer Weise nicht weiß, und zwar nicht blos bei Schließung des Vertrags, sondern auch noch bei der Auszahlung (s. l. 19. §. 5. D. 16. 1.), daß sie das Geld intercessionsweise aufnimmt, und die äußere Handlung dieses nicht außer Zweifel setzt, ist auch in dem verwickelten Fall der l. 19. §. 5. D. 16. 1.**) in Anwendung gebracht.

Irrig aber wäre es, wenn man aus jeder Verwendung des von einer Frauensperson entlehnten Geldes, welche nicht gerade zu ihrem eigenen Verbrauch geschieht, auf eine Intercesiion zurückschließen, und darauf schlechthin den Begriff derselben bauen wollte. Schulden zu machen, gleichviel wozu, ist ja dem Frauenzimmer nicht verboten, l. 4. §. 1. l. 27. pr. D. 16. 1., und ebensowohl kann sie das entlehnte

---

*) In Ansehung des Beweises darüber, daß die Intercedentin sich für die Intercession hat bezahlen lassen, ist zu bemerken, daß, wenn sie dieses in einem öffentlichen, oder vor 3 Zeugen unterschriebenen Instrument bekannt hat, dieses vollständig, sogar mit Ausschluß des Gegenbeweises beweist. Ist sie zahlungsunfähig, so bleibt gleichwohl der alte Schuldner selbst im Fall der Expromission dem Gläubiger verpflichtet; l. 23. C. 4. 29.

**) Zur Erklärung dieser Gesetzstelle ist vorzüglich zu vergleichen Sintenis in Linde's Zeitschr. Bd. X. S. 51., Glück Thl. XV. S. 10., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 581. u. Hasenbalg Beitr. z. Lehre v. d. Intercession S. 87—96.

Geld verschenken, oder auch wieder einem Andern leihen; l. 11. D. 16. 1. Daraus folgt: wenn die ausdrückliche Willenserklärung von Seite des Darleihers und der entnehmenden Frauensperson nicht auf eine Intercession oder auf ein Geschäft für einen Andern gerichtet war, also wenn die Frau für sich entlehnte, und der Andere redlicher Weise, ihrem ausdrücklichen Willen entsprechend, ihr das Geld lieh, so kommt es auf deren innere Absicht, das Geld ganz oder zum Theil zum Nutzen ihres Mannes zu verwenden, nicht weiter an, gleichviel ob der Darleiher ihre Absicht kannte, oder nicht; l. 13. C. 4. 29. Aus der Verwendungsart des Geldes, welches ich für meine Person entlehne, entspringt noch nicht der Begriff einer Intercession. Dieselben Grundsätze sind auch bei einer weiblichen Intercession, quae fit re, anwendbar. Z. B. die A. gibt tit. commodati dem B. eine Staatsobligation au porteur zu dem Zweck, um sie für seine Schuld an C. diesem als Unterpfand einzusetzen, was dieser auch sofort thut. Er kann aber seiner Verbindlichkeit ex commodato nicht nachkommen, weil plötzlich der Concurs bei ihm ausbricht. Kann nun die A. die vom B. an C. verpfändete Obligation vom C. aus dem Grund der Ungiltigkeit weiblicher Intercessionen zurückfordern? Daß ein dolus in ihrer Handlung liege, ist zwar nicht immer anzunehmen, aber man muß doch bei der intercessio re facta, welche im Justinianeischen Recht der im Pandektenrecht allein vorgesehenen Intercession durch eine Urkunde gleichgestellt ist, auch dieselbe Voraussetzung gelten lassen, daß die Intercedentin unmittelbar mit demjenigen verkehrt hat, bei welchem sie intercedirte, mithin dieser es wußte, daß eine Frauensperson intercedire, was hier nicht der Fall ist, wo diese nur hinter den Coulissen stand, und ihre Absicht als Selbstschuldnerin zu intercediren verheimlichte, während der Gläubiger nicht wissen konnte, daß sie für einen Andern intercedire; s. Dollmann in den Bl. f. Rechtsanw. Bd. VIII. S. 193. u. 214.

Zu 4) Im ehelichen Verhältniß ist wohl unstreitig eine solche Intercession kraftlos, aber nur aus dem besonderen Grund des gesetzlichen Verbots der Schenkungen unter Ehegatten, l. 5. §. 4. D. 24. 1. Daß aber auch außerdem Intercessionen aus Freigebigkeit auf den Grund des Sct., wie Mehrere annehmen, sollen angefochten werden können, cf. Glossa ad l. 21. §. 1. Dig. 16. 1. — Faber rationalia ad Pand. leg. cit., Braun Erört. zu Thibaut §. 947. S. 813., Thibaut System §. 606. (Ed. 8.), Heyse und Cropp jurist. Abhandl. Bd. II. no. 6., das O.-A.-G. zu Lübeck in Seuffert's Archiv XV. No. 224. S. 388. können wir mit den speziellen Aussprüchen der

Gesetze l. 4. §. 1. l. 21. §. 1. D. 16. 1.*) nicht vereinigen. Man sucht diese zwar dadurch aus dem Weg zu räumen, daß man in ihnen solche Fälle voraussetzt, welche schon nach allgemeinen Grundsätzen nicht in das Bereich des Scti. fallen würden, allein etwas Ueberflüssiges wollten sie gewiß nicht sagen, denn dann hätten sie nicht, wie geschehen, besondere Rechenschaft über die leitenden Motive zu geben gebraucht. Man sagt wohl auch, obwohl sogar in Widerspruch mit den Schlußworten der l. 4. §. 1. cit., auch wenn die Intercession in der Absicht zu schenken geschieht, sey Leichtsinn des Weibes ebensowohl zu besorgen, mithin ratio legis vorhanden; allein man bedenkt nicht, daß die Gesetze nicht alle und jede leichtsinnige Handlungen der Frauenspersonen für sie unschädlich machen wollen, vielmehr ihnen eine Menge von Geschäften gleich den Männern gestatten, deren lästige Folgen und Wirkungen erst in der Zukunft fühlbar werden. Aber gerade die Verbürgungen haben das eigenthümlich Verführerische für die Frauen, daß sie durch die Aussicht auf Wiederersatz oder Befreiung von Seite desjenigen, für den sie bürgen, zu leicht in eine Gefahr gelockt werden, welche der gute Freund oder Verwandte, dem sie sich hingeben, gar gut als nicht existirend zu demonstriren versteht. Wer Bürgschaft im eigentlichen Sinn leistet, glaubt gewöhnlich nichts zu geben und zu verlieren, wer aber in einer rein wohlthätigen Absicht intercedirt, der will etwas von dem Seinen aufopfern, und weiß, daß er verliert. Beide Fälle sind sich also gerade entgegengesetzt. Mit diesen Ansichten stimmen überein Cocceji J. C. Lib. XVI. tit. 1. qu. 5. Obj. 3., Suse D. de jure singulari foeminae interc. P. I. §. 1., Glück Thl. XIV. S. 451., Weber Beitr. zur Lehre von ger. Klagen u. Einreden Bd. I. S. 21., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 581., Windscheid im civilist. Archiv XXXII. S. 236. u. Hasenbalg a. a. O. S. 24—31. Das Gegentheil behaupten bei der cumulativen Intercession als herrschende Lehre Girtanner die Bürgschaft S. 356. §. 8., Bachofen ausgewählte Lehren S. 18.

Zu 4 a) [Für die Bejahung dieser Frage scheinen alle diejenigen

---

*) Proinde si, dum *vult* Titio *donatum*, accepit a me *mutuam pecuniam*, et eam Titio *donavit*, cessat Sctum. Sed etsi tibi donatura creditori tuo numos numeraverit, non intercedit; Senatus enim obligatae mulieri succurrere voluit, non donanti, hoc ideo, quia *facilius mulier se obligat, quam alicui donat.* — Item si quid liberaliter (mulier) fecerit, veluti ne judicatus pater ejus propter solutionem vexetur, non erit tuta Scto; *oneribus enim earum Senatus succurrit.* Wohlthun ist Freude und keine Last.

Stellen zu sprechen, wo die Thatsache vorausgesetzt und erwähnt wird, daß der Dritte selbst zu contrahiren beabsichtigt habe; l. 8. §. 14., l. 29. D. 16. 1. — l. 10. C. 4. 29.; allein mit Recht bemerkt Hasenbalg Beitr. z. Lehre v. d. Intercess. I. S. 98., daß in diesen Stellen nach casuistischer Art eben nur der factisch gewöhnliche Fall vorgetragen werde, bei welchem überdies der nicht unerhebliche Umstand hinzukommt, daß der Gläubiger nicht leicht in der Lage seyn wird, sich mit Unwissenheit zu entschuldigen. Es ist dagegen in vielen anderen Stellen nicht einmal angedeutet, daß der Dritte das dann von der Frau eingegangene Rechtsgeschäft selbst beabsichtigt habe, und doch der Frau das beneficium des Sct. Vellej. zugestanden: l. 2. §. 1. l. 4. pr. l. 8. §. 15. l. 11. 12. 17. D. 16. 1. — l. 4. C. 4. 29. Das Entscheidende ist immer, daß die Frau das alleinige Interesse des Dritten im Auge hatte; die concurrirende Contrahirungsabsicht kann daneben kein einflußreiches Moment abgeben und nicht dazu beitragen, die Schuld der Frau zu einer innerlich fremden zu machen. Mit Recht verneint daher Hasenbalg obige Frage und bemerkt a. a. O. S. 105. hinzu: „Allerdings kann jener Umstand, daß der Dritte das Intercessionsgeschäft selbst einzugehen beabsichtigte, namentlich dann, wenn ein eigentliches Dazwischentreten oder ein Vorschieben der Frau stattgefunden hat, insofern von hoher Wichtigkeit seyn, als dadurch nachgewiesen wird, daß die Frau bei Eingehung der fraglichen Schuld eben nicht an sich, sondern lediglich an den Dritten dachte, daß sie mithin intercedendi animo sich verpflichtet habe. Allein diese Eigenschaft als Beweismittel wird jener Thatsache überall nicht bestritten; es kann nur nicht zugestanden werden, daß jener Umstand ein nothwendiges Erforderniß für die Annahme sey, daß die von der Frau eingegangene, äußerlich eigene Schuld, in Wahrheit dennoch den Charakter einer fremden Verbindlichkeit besitze."]

Zu 5) Der Schutz, welchen das Gesetz den Frauenzimmern gegen ihre Intercessionen angedeihen läßt, geht nicht soweit, daß dadurch auch ihre Verantwortlichkeit aus betrügerischer Handlungsweise ausgeschlossen wäre. Actionem enim, quae in dolum mulieris competit, amplissimus Ordo non excludit. Diesem Satz in l. 30. pr. D. 16. 1. gehen unmittelbar die Worte voran: Si decipiendi animo, *vel cum sciret, se non teneri*, mulier pro aliquo intercesserit, exceptio ei senatusconsulti non datur. Viele Rechtsgelehrte hingen sich nun lediglich an die Schlußworte vel cum sciret u. s. w. und fanden darin schon den Betrug constatirt, wenn die Frauensperson intercedirt, während sie weiß, daß sie dadurch nicht verbindlich werde; Stryck caut. contract. Sect. II.

cap. 6. §. 13., Boehmer Exerc. ad Pand. Ex. 50. Cap. 2. §. 3., Hellfeld Opusc. et Diss. Op. 14. §. 28., Leyser Sp. 169. med. 7., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. IV. no. 35. Darnach würde es freilich gar keiner Renunciation, sondern blos der Certioration der weiblichen Rechtswohlthaten bedürfen.*) Allein eine Frauensperson kann ja wohl eine Bürgschaft, auch während sie deren rechtliche Unverbindlichkeit kennt, doch mit der Absicht, sich zu verbinden, eingehen, und erst später tritt ihr eine nicht geahnte Conjunctur vor Augen, welche, wenn sie sie zu durchschauen vermocht hätte, sie nothwendig davon hätte abhalten müssen. Wenn also fragilitas sexus der Grund der gesetzlichen Wohlthat ist, so kann diese auch in diesem Fall nicht ausgeschlossen werden. Die meisten Neueren erachten daher den animus decipiendi für keinen überflüssigen Zusatz im Gesetz, und setzen demnach voraus, daß die Frauensperson, indem sie den Andern zum Creditiren inducirte, schon Willens gewesen sey, sich hinterher mit ihrer Rechtswohlthat zu schützen; Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 362. §. 517., Thibaut System §. 606., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 418. (§. 374.), v. Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. I. no. 3., Müller ad Leyser Sp. 169. no. 7. obs. 360., Glück Thl. XV. S. 2., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 581. no. 4., Puchta Pand. §. 408. Anm. 5., Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. III. S. 795., Windscheid im civilist. Archiv XXXII. S. 317. Vergl. auch Bachofen Ausgew. Lehren des Civilr. (1848) S. 43.

Zu 6) Dem Minderjährigen gegenüber muß ihr Privilegium dessen stärkerem Privilegium weichen, dergestalt, daß die Intercedentin haftbar bleibt, wenn der minor seine Forderung vom Schuldner und von den anderen Bürgen nicht erlangen kann; l. 12. D. 4. 4.**) — Daß es keinen Unterschied macht, ob die Person, bei welcher sie für einen Andern intercedirt hat, eine männliche oder weibliche sey, lehrt deutlich l. 5. C. 4. 29. und Leyser Med. Sp. 169. med. 2., daß dies dem Grundsatz: privilegiatus contra aeque privilegiatum privilegio non

*) Ganz consequent behaupten daher v. Bülow u. Hagemann als Anhänger der zuerst vorgetragenen Meinung a. a. O. S. 204., es bedürfe dann nicht einmal mehr eines Verzichts auf die weiblichen Rechtswohlthaten, wenn die Frauensperson schon einmal bei anderer Gelegenheit über dieselben Belehrung erhalten habe.

**) Auf Andere, welche jura minorum genießen, ist dies jedoch nicht anwendbar, weil ein privilegium ad instar dem eigenen Privileg des Andern nachsteht; Glück Thl. II. S. 27. Thl. XV. S. 22.

utitur zuwider sey, widerlegt sich aus richtigen Begriffen von Collision der Rechte Bd. I. §. 13. S. 158. zu Fr. 8., Glück Thl. XIV. S. 452. Gegen eine Intercession, welche pro dote und welche pro libertate geschieht, soll zwar das Sctum, tamquam pietati contrarium nicht schützen; dies aber nach einem von Leyser Sp. 569. med. 5. angeführten Beispiel auch auf andere Fälle, in welchen ratio pietatis zum Beweggrund dienen könnte, auszudehnen, z. B. auf die Intercession für ein pium corpus, kann nicht gebilligt werden; Glück a. a. O. S. 453.

Zu 7) Die l. 22. C. 4. 29. setzt ausdrücklich ein volljähriges Frauenzimmer voraus, welches eine nicht etwa nichtige, sondern nur durch die exc. Scti. unwirksame Intercession nach 2 Jahren ausdrücklich,*) also nicht etwa nur durch Handlungen, wie Zinszahlung, Abschlagszahlung u. dergl. bestätigt, also sich wiederholt verpflichtet. Daß das Frauenzimmer auch bei der ersten Intercession schon volljährig gewesen seyn müsse, wie Heimbach a. a. O. S. 706. und Glück Thl. XV. S. 16. mit den von ihm in Anm. 25. angeführten Rechtsgelehrten dafürhält, dazu liegt wohl darin, daß sie außerdem gegen ihre Intercession des Senatusconsults gar nicht bedurft hätte, kein ausreichender Grund. Es genügt, daß jede Handlung eines Minderjährigen durch eine in der Volljährigkeit erfolgte Bestätigung verbindend werden kann; v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 581. no. 8. Da die Wirksamkeit der weiblichen Intercession erst in der Wiederholung derselben liegt, so muß man auch wohl gegen Röslin a. a. O. Thl. II. S. 154., Thibaut Syst. Bd. II. §. 606. und Glück's Meinung a. a. O.**) behaupten, daß die Wirkung nicht vor der Ursache vorhanden seyn, sich mithin erst von dem Wiederholungsact da-

*) Biennio elapso aliam rursus confessionem scribendam esse, quae consensum confirmet, et tum ratum esse, quod factum sit. Nov. 61. Cap. 1. §. 1. Auf die Intercession einer Frau für ihren Ehemann ist dies bekanntlich nicht zu beziehen, weil diese null und nichtig ist. Nov. 134. c. 8. Glück Thl. XV. S. 16.

**) Röslin u. Glück argumentiren nämlich also: Die ursprünglich eingegangene Verbindlichkeit sey ja nicht null, sie müsse demnach gelten, sobald die gegen dieselbe mögliche Einrede ausgeschlossen worden ist. — Richtig ist es nun zwar, daß die obligatio nicht immer von Anfang her nulla, sondern nur inefficax ist; aber von einer eigentlichen convalescentia actus (s. Bd. I. §. 45. zu Fr. 3.) kann hier doch wohl nicht die Rede seyn, da erst eine neue Verbindlichmachung erforderlich ist; aliam rursus confessionem scribendam esse — ex secunda cautione se obnoxiam facere; Nov. 61. cap. 1. §. 1. — l. 22. C. 4. 29.

tiren könne. Glück räumt selbst ein, daß er hierin das Urtheil der meisten Rechtsgelehrten gegen sich habe, s. die von ihm in Anm. 32. angeführten Schriftsteller, welchen noch beizufügen sind: Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IX. Med. 462., v. Vangerow a. a. O., v. Kreittmayr Anmerk. z. Cod. Max. Bavar. civil. P. IV. cap. 10. §. 23. no. 8. Die 2jährige Zeitfrist ist nach den Regeln der tempora continua zu berechnen; Heimbach a. a. O. S. 796.

Zu 8) Nach den im Bd. II. §. 126. zu Fr. 1. entwickelten Grundsätzen müssen wir unbedenklich der in Gemäßheit des canonischen Rechts durch den Gerichtsbrauch stabilirten bejahenden Meinung folgen, Glück Thl. XV. S. 33., daß nämlich die Berufung auf das Sct. durchaus wegfalle, wenn die weibliche Intercession eidlich eingegangen ist, und dieses selbst dann, wenn die Intercedentin ihrer Rechtswohlthat nicht belehrt war, und ohne Unterschied, ob die Verpflichtung durch förmlichen Eid oder an geschworenen Eides Statt eingegangen wurde; Struben rechtl. Bed. Thl. I. Bed. 24. Thl. II. Bed. 76., Glück a. a. S. 48., Erk. d. O.-A.-G. zu Celle in Seuffert's Archiv Bd. VII. S. 211., Arndts Pand. §. 361. Aber zu weit geht wohl Glück nebst den von ihm a. a. O. S. 47. Anm. 3. angeführten Rechtsgelehrten in der Behauptung: „wenn Intercession und Entsagung der weiblichen Rechtswohlthat in einer Privaturkunde geschehen, so sey erstere um der letzteren willen für verbindlich zu achten." Eine öffentliche Urkunde vielmehr muß auch den Verzicht enthalten; v. Vangerow a. a. O., l. 23. C. 4. 29., Puchta Pand. §. 409. a. E.

Zu 9) Obgleich eine Frauensperson, wenn sie sich mit einem Fremden zugleich principaliter obligirt, als Selbstschuldnerin pro rata verbunden ist, mithin sich auf das Sct. Vellej. nicht berufen kann, so hat doch Justinian für das Verhältniß zwischen Ehegatten in mehrerer und so auch in dieser Beziehung den Schutz weiblicher Schwäche durch die Auth. si qua mulier noch strenger zu befestigen für nöthig erachtet. Die Nov. 134. c. 8. will nämlich die Verbindlichmachung der Ehefrau neben ihrem Manne und ihre Mitunterschrift der Urkunde nicht als verbindend anerkannt wissen, nisi manifeste probetur, quod pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sint. Ihre Eigenschaft als Selbstschuldnerin kann also nicht dadurch, daß ihr in der Urkunde dieses Prädicat beigelegt wird, sondern nur durch thatsächliche Beweismittel begründet werden, Spangenberg in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 47. und in den prakt. Erörter. Bd. I. S. 48., und die dort angeführten Gaill, Faber, Brunnemann, Stryck,

Beyer, Cocceji, Berger, Wernher, Hertius, Brokes, Hommel, Meister, Biener, Struben, v. Wening-Ingenheim, welchen auch noch beigezählt werden muß: Schweppe 4. Ausg. d. röm. Privatr., fortges. von Meier Bd. III. §. 518. S. 366., Suse D. de jure singulari foeminae intercedentis §. 44—46., Thibaut System*) §. 605., [Arndts Pand. §. 363., Seuffert's Archiv I. No. 215. VII. No. 179. 180. XII. No. 272. XIII. No. 143.] Gegner dieser Meinung sind Donell. Comm. Lib. XII. cap. 29. §. 20., J. H. Boehmer Exerc. ad Pand. T. III. Ex. 50., Emminghaus ad Cocceji Lib. XVI. tit. 1. qu. 6., Kind Qu. for. T. III. cap. 112., Glück Thl. XII. S. 62., welcher aber doch selbst in Thl. XIV. S. 266. anerkennt, daß der Gerichtsbrauch gegen seine Meinung sey; Walch controv. jur. civ. pag. 556., Emminghaus D. de femina mutuum contrahente benef. muliebr. experte. Jen. 1778., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 581., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 129. Anm. 101., Busch im civilist. Archiv Bd. XXXI. S. 25., Hofmann in Linde's Zeitschr. Bd. XIV. S. 266. Auch d. Preuß. allgem. Landr. Thl. I. Tit. 14. §. 232. adoptirt, wenn eine Manns- oder eine Frauensperson sich in Einem Instrument als Selbst- oder Mitschuldner verpflichtet haben, die gesetzliche Vermuthung, daß die Mannsperson Hauptschuldner, die Frauensperson aber nur Bürge sey.

Die Gründe der Gegner sind: a) Warum sollen denn Frauenspersonen sich nicht selbständig in solchem Falle verpflichten können, da ja Justinian ihnen überall nicht diese Fähigkeit entzogen hat? Gut; er hat sie ihnen nirgend entzogen, er hat ja nur die Beweisfähigkeit solcher Urkunden beschränkt, welche eine innere Unwahrscheinlichkeit in hohem Grade an sich tragen, indem ja der Mann und nicht die Frau die Ehestandslasten zu bestreiten und dadurch Schulden zu contrahiren im Falle ist. Zwar könnte daraus eigentlich nur eine praesumtio hominis entspringen, sie ist aber durch Nov. cit. zur praesumtio juris

*) Ganz irrig zählt Glück Thl. XII. S. 62. Anm. 66. zu den Anhängern seiner entgegengesetzten Meinung auch Thibaut. In den früheren Ausgaben seines Systems §. 946. spricht er blos von Frauen, die sich nebst Männern verpflichten, meint aber darum nicht Ehemänner, wie man aus Braun's Dictaten sieht, wo es heißt: „Dieser Satz ist im Ganzen richtig. Allein wenn Ehefrauen sich als Selbstschuldnerinnen mit unterschreiben, so werden sie doch nur als Bürginnen behandelt, wenn nicht bewiesen wird, daß das Empfangene zum eigenen Nutzen der Ehefrau verwandt sey." Auch erklärt dieses Thibaut ganz klar und bestimmt in der 8. Ausgabe seines Systems §. 605. a. E.

erhoben. — b) Gemeinschaftliches Schuldencontrahiren sey gar keine Intercession, mithin könne es auch nicht unter das Verbot weiblicher Intercessionen fallen. Allein diese Behauptung ist nicht einmal durchaus richtig, indem vielmehr l. 17. §. 2. D. 16. 1. uns lehrt, daß gemeinsames Erborgen zu einer gemeinschaftlichen Sache zuweilen eine Intercession involviren könne, zuweilen auch nicht; noch weniger aber kann sie etwas entscheiden, denn Justinian's Verordnung geht ja eben — wie Schweppe a. a. O. richtig bemerkt hat — nach ihrem Grunde und nach der Wortfassung nicht blos auf wahre Intercessionen, sondern auch auf alle Fälle, wo sich Mann und Frau gemeinschaftlich verbindlich machen, daher auch die Begebung der exc. Sct. Vellej. allein nicht hinreicht, diese besondere Rechtswohlthat auszuschließen, deren Entsagung übrigens nur in Form des Eides nach vorgängiger Belehrung zuläßig ist; Heimbach a. a. O. S. 798. — c) Einen besonderen Rechtfertigungsgrund für die entgegengesetzte Meinung glaubt ferner Hofmann a. a. O. gefunden zu haben, indem er die Nov. 134. c. 8. nur von den Fällen versteht, wo eine Schuld des Mannes schon vorhanden ist, ehe seine Frau sich äußert, weshalb sie nicht anwendbar seyn soll, wenn beide Ehegatten gleichzeitig Schulden contrahiren und sich für zahlungsverbindlich erkennen; allein die bestimmte Fassung des Gesetzes schließt eine willkürliche Restrictiv-Interpretation aus. Es heißt: si qua mulier crediti instrumento *consentiat* proprio viro, aut scribat etc. Man wird daher auch nicht mit v. Vangerow a. a. O. behaupten können, es sey hier nur von dem Fall die Rede, wenn die Frau einem vom Manne abgeschlossenen Darlehnsgeschäft als Intercedentin beitritt; vergl. Nov. 61. c. 1. §. 1.: non proderit, si semel consensus fiat, sed sicut in intercessionibus scripsimus etc. — d) Ein souveränes Mittel, seine Meinung zu behaupten, gebraucht Kind a. a. O., indem er ganz zornig gegen Justinian losfährt, „obscura et ad sententias duplices vergentia improvide inconsulteque effudit." *)

Für ein bloßes Blendwerk pflegt man es wohl auch anzusehen, wenn die Ehefrau als Hauptschuldnerin sich darstellt, und der Mann nur als Bürge mit unterschreibt; Berlich Concl. P. II. concl. 19. no. 65., Brokes D. de exigua instrumenti principalem uxoris, minus principalem mariti causam continentis fide, Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 376. Auch Boehmer l. c. sagt von dieser Art der Verschreibung: suspecta prorsus mihi videatur cautela. Allein da eine Gesetzwidrigkeit

*) Vergl. übrigens unten zu Nr. 12.

in einer solchen Verschreibung, worin die Frau zu ihrem Nutzen und Bedarf das Geld empfangen zu haben bekennt, nicht äußerlich erkennbar ist, so muß auf eine vom Gläubiger gegen sie im Executivproceß angestellte Klage die Frau zur Zahlung entweder, wie Glück Thl. XII. S. 62., Gaill Lib. II. obs. 90. und Hommel Rhaps. Vol. IV. obs. 554. dafür halten, pure verurtheilt, oder es kann höchstens ihre Einrede ad separatum verwiesen werden; Schmidt hinterl. Abhdl. verschied. prakt. Rechtsmaterien Bd. I. S. 69., Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 3. §. 8. not. 5.

Zu 10) Die Auth. si qua mulier kann durch eine nach Ablauf von 2 Jahren wiederholte ausdrückliche oder thätliche Anerkennung der weiblichen Intercession nicht, wie Mehrere dafür halten — s. die Citate in Glück Thl. XV. S. 51. Anm. 16. — beseitigt werden, denn die intercessio geminata hat nur da Wirkung, wo die weibliche Bürgschaft blos eine Einrede erzeugt, wie diejenige, welche für einen Fremden geleistet wurde, aber die Bürgschaft einer Frau für ihren Mann ist ipso jure nichtig. Da tritt also Justinian's Vorschrift in der Nov. 134. cap. 8. ein: nullatenus hujusmodi intercessionem valere, licet multoties repetita sit; Glück a. a. O. Da übrigens eine erst nach dem Tode des Ehemanns geleistete Bestätigung der für diesen eingegangenen Bürgschaft ebenso, wie die für einen Fremden geschehene Verbürgung anzusehen ist, so kann sie durch Begebung der exc. Sct. Vellej. allerdings Kraft gewinnen.

Leistet die Wittwe erst nach dem Tode ihres Mannes Bürgschaft für seine Schulden, so kann natürlich die Auth. si qua mulier keine Anwendung finden,*) aber die Entsagung der exc. Sct. Vellej. ist darum doch nicht, wie Manche dafür halten (s. die Citate in Glück

*) Das eheliche Band kann nämlich, nachdem es zu bestehen aufgehört hat, keine rechtlichen Wirkungen mehr haben; es scheint daher ganz willkürlich, wenn die von Walch controv. jur. civ. pag. 560. §. 4. angeführten Autoren Carpzov, Brunnemann u. Struv die Auth. auch auf Wittwen ausdehnen, quod amor et reverentia conjugalis haud statim mortuo marito exspirant; s. dagegen Mevii Decis. P. VII. dec. 229., Glück a. a. O., Thibaut System §. 607. (Ed. 8.) Zwar behaupten Andere (Schweppe a. a. O. Bd. III. §. 518. S. 367.), die Auth. si qua mulier stehe wenigstens solange der Giltigkeit der von der Wittwe geleisteten Bürgschaft entgegen, als die Erbschaft noch von Niemandem angetreten ist, denn insolange repräsentirte sie ja noch den Verstorbenen, l. 22. D. 46. 1.; allein eine solche Bürgschaft hat ja doch nur auf den künftigen Erben einen reellen Bezug; l. 24. D. 46. 2. — l. 54. D. 29. 2., Glück a. a. O.

a. a. O. S. 49. Anm. 12.), unnöthig; s. die Citate das. S. 51. Anm. 15., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 367., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 376. Anm. 29.

Zu 11) Wenn die Ehefrau blos einfach Bürgschaft geleistet, nämlich sich blos persönlich obligirt hat, so concurriren die mit ihrer Bürgschaft versehenen Gläubiger lediglich pro rata in ihrem Vermögen; hat sie aber damit auch die Verpflichtung verbunden, im etwaigen Concurs ihres Ehemannes mit dem Vorzugsrecht ihres Eingebrachten bis zur erfolgten Befriedigung der von ihr verbürgten Gläubiger zurückstehen zu wollen, so findet nothwendig eine Reihenfolge unter den letzteren statt, weil die sich verbürgende Ehefrau dem zweiten Gläubiger nicht mehr von ihren privilegirten Ansprüchen abtreten kann, als ihr nach Befriedigung des ersten von ihr verbürgten Gläubigers noch übrig ist; Gottschalk Disc. for. T. II. cap. 13. pag. 161.

Zu 12) Es ist ein ziemlich allgemein geltender Grundsatz, daß die Frauenspersonen, wenn sie vom Staate zu Geschäften autorisirt sind, auch giltig sich verbürgen können, daher insbesondere regierende Damen, Glück Thl. XV. S. 34., Thibaut System §. 608. (Ed. 8.), insofern sie nämlich in der Eigenschaft als Regentinnen intercediren, und Handelsfrauen in ihren Handelsgeschäften; Cocceji J. C. Lib. XVI. tit. 1. qu. 15., Glück a. a. O., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 581., Bolley vermischte jurid. Aufsätze Bd. I. S. 386., Heimbach in Weiske's Rechtsl. Bd. III. S. 797., Thöl Handelsr. §. 50. Zwar bestreitet Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 375. den letzteren Satz, indem daraus, daß die Frauensperson zu einem Gewerbe im Staate autorisirt ist, nicht folge, daß sie auch zu Bürgschaften die Befugniß und Fähigkeit erlangt habe. Dieses Bedenken verschwindet aber, wenn man die Voraussetzung, auf welche der Satz nach der gemeineren und richtigeren Meinung gebaut ist, nämlich, daß der Bürgschaftsfall mit ihrem Handelsgeschäft in Verbindung stehe, in Betrachtung zieht, denn da läßt sich ja eines von dem andern nicht trennen; Gebr. Overbeck Medit. Bd. IX. Med. 460., Arndts Pand. §. 361. dazu Girtanner a. a. O. S. 351. Die Anwendung des Grundsatzes hat nun wohl auf eine selbständig handeltreibende Frau keine Schwierigkeit, aber wohl bei Frauen, welche im ehelichen Verhältniß am Betrieb von Handelsgeschäften sich thätig erweisen. Zwar kann die Verheirathung einer Frauensperson, welche Eigenthümerin einer Handlung ist, an ihren Rechten und Verbindlindlichkeiten in Ansehung der Handlung und ihres Betriebes nichts ändern, Heise u. Cropp jurist. Abhandl. Bd. I. no. 1. S. 7., wofern nicht das Rechtsverhält-

niß dadurch eine Aenderung erlitt, daß nun die Handlung auf den Namen oder unter Mitwirkung des Ehemanns betrieben wird. Der schwierige Fall ist aber der, wenn die Ehefrau neben ihrem Ehemanne an den Geschäften derselben Handlung Theil nimmt. Sind dann die Geschäftsverrichtungen, welche sie regelmäßig und gewerbsmäßig mit ihrem Manne ausübt, blos als operae obsequiales anzusehen, oder wird sie dadurch wirklich als Handelsfrau charakterisirt? Wir unterscheiden folgende Fälle:

a) Die Frau ist nach den bestehenden Particularrechten, wie es früher im Begriff des ehelichen mundii lag, für ihre Person und mit ihrem Vermögen der cura maritalis unterworfen; dann kann sie außer den Grenzen der häuslichen Nothdurft sich eigentlich gar nicht rechtsgiltig verpflichten, und wenn auch Gesetz und Herkommen bei der Handelsfrau eine Ausnahme machen, so muß diese doch stricte genommen und auf alle Fälle beschränkt werden, in welchen die Frau gar nicht anders, als selbständig handeltreibend angesehen werden kann; außerdem gilt sie nur als Gehilfin des Mannes. Daß sie neben ihm der Handlung vorsteht, im Laden einkauft und verkauft, Zahlungen annimmt und quittirt, Bestellungsbriefe schreibt, macht sie noch nicht zur Handelsfrau, denn alles dies kann ja auch ein Factor oder Handlungsgehilfe thun, ohne Socius zu seyn; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IX. Med. 460. S. 185; vergl. Code de commerce Art. 5., Preuß. Landr. Thl. II. Tit. 8. §. 469. [A. D. H.-G.-B. Art. 6.—8.]

b) Lebt die Frau mit dem handeltreibenden Manne in allgemeiner Gütergemeinschaft, oder wenigstens in Gemeinschaft der Errungenschaft, so wird sie zwar durch den ehelichen Güterstand für die Schulden verpflichtet, aber nicht als Handelsfrau oder Handelsgesellschafterin,*) wofern sie sich nicht auf unzweideutige Weise als solche gerirt hat, was aber nicht daraus schon folgt, daß sie Theil an der Buchführung genommen, oder auch aus besonderem Auftrag oder Anlaß einzelne Wechsel unterschrieben hat, Heise u. Cropp a. a. O. §. 8. S. 13.; wohl aber dann, wenn sie sich nicht auf den kleinen Vertrieb beschränkt, wenn sie selbst in Anwesenheit ihres Mannes Wechsel acceptirt

*) Als solche wäre nämlich ihre Verbindlichkeit strenger, als blos im Falle der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft, wo sich die Frau durch Entschlagung der Gemeinschaft wenigstens das ihr künftig anfallende Vermögen sichern kann.

und indossirt, wenn sie ohne specielle Rücksprache mit ihm selbst die bedeutenderen Ein- und Verkäufe schließt, oder wenn wohl gar ihr Name in die Firma mit aufgenommen ist.

c) Lebt die Ehefrau mit ihrem Manne nach Dotalrecht, so müssen ihre Geschäftsverrichtungen im Zweifel als operae obsequiales angesehen werden. Auch aus den von ihr selbst geschlossenen Geschäften haftet sie dann nicht als Handelsfrau, denn das ist nur dasjenige Weib, welches für eigene Rechnung Handel treibt, sondern nur insoweit, als der Factor aus den von ihm contrahirten Geschäften des Principals gehalten ist, und zugleich die besonderen Formen beobachtet sind, welche nach den Gesetzen zur rechtsbeständigen Verpflichtung eines Frauenzimmers erfordert werden; Heise u. Cropp a. a. O. §. 2. Als Handelsgesellschafterin ihres Mannes kann sie nur betrachtet werden, wenn sie am Handelsgewinn und Verlust Theil nimmt. Dies ist aber selbst dann noch nicht der Fall, wenn der Mann ihr Geschenke vom Handelsgewinn macht, ihr vielleicht ein Salair aussetzt, oder ihr einen aliquoten Theil am Handelsgewinn bestimmt, denn dadurch wird sie noch nicht nothwendig Handelsgesellschafterin und überkommt blos Rechte, aber keine Verbindlichkeiten.

Zu 13) Unter der Voraussetzung, daß die Zahlung unwissend ihres Privilegiums geschah, kann dieselbe zurückgefordert werden, l. 40. D. 12. 6. — l. 9. C. 4. 29., und nicht minder steht ihr die Vindication eines gegebenen Unterpfandes gegen jeden Besitzer zu, selbst mit Ersatz der Früchte und Schäden; l. 32. §. 1. D. 16. 1., Glück Thl. XIV. S. 459. u. 461., Arndts Pand. §. 360. Dasselbe gilt auch von dem Falle, wenn sie dem Gläubiger zur Bezahlung der Schuld, für welche sie gut gesagt hatte, eine Sache verkauft und übergeben hat; l. 32. §. 2. ibid. Ein Anderes wäre es, wenn sie an einen Dritten etwas verkauft hätte, um aus dem Erlös sich ihrer Bürgschaft zu entledigen; Glück a. a. O.

Zu 14) Ob außer den im R. R. ausdrücklich zugelassenen Fällen der l. 3. C. 5. 35. — l. 32. §. 4. D. 16. 1. — Nov. 118. c. 5.*) eine wirksame Entsagung auf diese Rechtswohlthat stattfinde, ist zwar

---

*) Der hierin entschiedene Fall, wenn die Mutter oder Großmutter die Vormundschaft über die Kinder übernimmt, scheint wohl, genau betrachtet, gar nicht unter das Sct. zu gehören, weil der Vormund nicht fremde, sondern nur eigene Verbindlichkeit übernimmt; Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 375.

theoretisch überaus bestritten,*) die bejahende Meinung aber durch die Praxis des Justinianeischen Rechts im Orient und Occident gerechtfertigt; s. vorzüglich v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 581., Heimbach in Weiske's Rechtsl. Bd. III. S. 796., Girtanner a. a. O. S. 262. 364., Arndts Pand. §. 361. Anm. 3. Unter den Praktikern ist übrigens noch manche Meinungsverschiedenheit über die formellen Erfordernisse des Verzichts.

Unstreitig ist indessen, daß ein Verzicht auf die Auth. si qua mulier nur durch eidliche Bestärkung, und zwar vermöge des canonischen Rechts Kraft gewinnen könne; Glück Thl. XV. S. 47. Um so mehr gilt denn auch ein eidlicher Verzicht auf das Sct. Vellej., s. cap. 9. u. 28. X. 2. 24.,**) und eine eidlich bestärkte weibliche Intercession, welche dann nach der Meinung Mehrerer zu ihrer Wirksamkeit nicht einmal der Belehrung und der Begebung der weiblichen Rechtswohlthat bedürfen soll, Glück a. a. O. S. 33, Thibaut System §. 608., Cocceji J. C. Lib. XVI. tit. 1. qu. 12., was aber nach der Meinung der meisten Rechtsgelehrten keineswegs für unnöthig erachtet werden kann; s. die Citate bei Glück a. a. O. S. 41. Anm. 90., Walch controv. jur. civ. pag. 557. §. 2.***)

Ob ein körperlicher Eid oder wenigstens ein mit der Formel: so wahr mir Gott helfe ꝛc. schriftlich gefaßter Eid da, wo er überhaupt nöthig ist, erfordert werde, oder ob ein an Eidesstatt geleisteter Verzicht dieselbe rechtliche Kraft habe, daüber sind zwar auch die Meinungen getheilt, indem Mehrere das Letztere nicht für hinlänglich halten, Leyser Sp. 171. med. 3., Fr. Becmann Cons. et Decis. P. I. dec. 12. no. 14., Wernher Obs. for. T. II. P. X. obs. 429., Pufendorf Obs. jur. univ. T. I. obs. 43. §. 2., Carpzov P. II. Const.

*) Die vollständige Literatur dieser Streitfrage s. v. Vangerow a. a. O. Bd. III. §. 581.

**) Daß dieser aber eidlich geschehen müsse, ist eine von den meisten Rechtsgelehrten verworfene Meinung; s. die Citate bei Glück a. a. O. S. 47., Walch controv. jur. civ. pag. 558., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 581.

***) Unnöthig kann sie nur dann seyn, wenn die Frauensperson ihres Privilegiums schon kundig war, denn es kommt nur darauf an, daß sie wisse, was sie eidlich gelobt; Puchta Pand. §. 408. — Für unnöthig hält sie v. Bülow Abhandl. Thl. II. Abthl. I. S. 60. deswegen, weil, wenn sie damit bekannt war, ihre Intercession als dolos angesehen werden müßte, was aber durchaus nicht so indistinct angenommen werden darf; s. Fr. 5., Glück Thl. XV., S. 40., Heise u. Cropp jurist. Abhandl. Bd. I. S. 160. no. 10.

16. def. 6.; da aber die Absicht, sich eidlich verpflichten zu wollen, durch die Worte „an Eidesstatt" hinlänglich ausgedrückt ist, so wird man mit Recht gegen eine solche Promittentin erkennen; Glück a. a. O. S. 48., Boehmer J. E. P. T. I. Lib. II. tit. 24. §. 5., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. I. no. 33., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. (§. 157.) S. 234., Struben rechtl. Bed. Thl. I. Bed. 25., Cocceji J. C. Lib. XII. tit. 2. qu. 9., Stryck Us. mod. ejusd. tit. §. 14.

Daß die Renunciation nicht nothwendig in einer öffentlichen Urkunde oder gerichtlich geschehen müsse, darüber sind ungeachtet einiger älteren Dissentienten, s. auch Schlüter jurist. Zeit. f. d. Königr. Hannover Bd. I. S. 59. u. 86., die Neueren fast durchaus einverstanden; Glück a. a. O. S. 45. und die Citate in Anm. 2., Mevii Dec P. VII. dec. 231., Stryck Us. mod. Pand. Lib. XVI. tit. 1. §. 19. u. 21., Struv Ex. 21. th. 20., Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 3. th. 8. not. 8., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 129. Anm. 100., Albrecht Entscheid. merkw. Rechtsf. Bd. II. S. 35. no. 48. Demnach kann es um so weniger einem Zweifel unterliegen, daß die Renunciation, wenn sie gerichtlich geschieht, vor jedem Gericht giltig geschehen könne; Schlüter a. a. O. Bd. I. S. 5. Renuncirt eine minorenne Frauensperson auf das Sct. Vellej. und die Auth. si qua mulier, so hilft dies freilich dem Gläubiger nichts, da sie noch auf die beneficia minorum recurriren kann; v. Rüling Entscheid. d. O.-A.-G. zu Celle S. 18.; vergl. Hurlebusch Erörter. aus dem Civil- u. Criminalr. S. 175.

Ausnahmsweise mag die Belehrung überflüssig erscheinen, wenn die intercedirende Frauensperson dieselbe erweislichermaßen früher schon erhalten hat, Glück a. a. O. S. 45., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter Bd. IV. S. 204., welchenfalls dann auch renunciatio generalis hinreichen mag.*) Hinsichtlich des Erfordernisses vorgängiger Belehrung ist es übrigens nicht ganz gleichgiltig, ob der weibliche Verzicht außergerichtlich oder durch eine gerichtliche Urkunde bethätigt wird, denn eine unter öffentlicher Autorität errichtete Urkunde, welche die geschehene Certioration aussagt, oder das Bekenntniß der

---

*) Ueberflüssig wird die Belehrung und selbst die Verzichtleistung auf die weiblichen Rechtswohlthaten bei der nach 2 Jahren wiederholten Bürgschaft, denn durch die Wiederholung wird sie vielmehr der Wohlthat des Sctі. verlustig; Mevii Dec. P. VI. dec. 299., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IX. Med. 462.

Intercedentin, daß die Belehrung geschehen sey, enthält, beweist hinlänglich, daß sie erforderlichermaßen geschehen sey, Glück a. a. O. S. 45., wogegen Privaturkunden ohne eine sehr sorgfältige Fassung manchen Einwendungen und Ausflüchten unterliegen. So soll es z. B. nicht genügen, wenn die Frauensperson in der Urkunde erklärt: sie entsage der Rechtswohlthat, vermöge deren sich sonst eine Frauensperson nicht giltig verbürgen kann, oder: sie entsage der Rechtswohlthat, welche der Weiber Bürgschaft für ungiltig erkläre, oder wenn sie erklärt, wegen ihrer zuständigen weiblichen Rechte genugsamen Unterricht erhalten zu haben. Während zwar manche Rechtsgelehrte dies für hinlänglich ansehen, Mevii Decis. P. VII. dec. 231., Stryck D. de cautel. contract. Sect. I. cap. 5. §. 7., Schmidt öffentl. Rechtssprüche Absch. II. no. 33., Leyser Sp. 170. med. 2., fordern Andere noch eine umständliche Erklärung der eigentlichen Verbindlichkeit selbst, welche sie durch die Bürgschaft übernimmt, der rechtlichen Beschaffenheit derselben, sowie der Art und Wirkung der Intercession, welche sie eingehen will; Glück a. a. O. S. 41., Meister prakt. Bemerk. a. d. Civil- u. Criminalr. Bd. II. Bem. 4. no. 6. u. 7., v. Quistorp Beitr. S. 131 ff. Streitig ist auch, ob der Verzicht auf das Sct. Vellej. in dem Falle, wenn sich eine Ehefrau für ihren Mann verbürgt, hinlänglich sey, weil die Auth. si qua mulier als ein bloßer Zusatz unter jenem schon begriffen sey, oder ob gleichwohl auch noch ausdrücklich der Authentica entsagt seyn müsse; s. die Citate bei Glück Thl. XV. S. 43. Anm. 95. u. 96. Es ist daher nothwendig, den Inhalt beider in deutscher Sprache vollständig auszudrücken.

Zu 15) Bekanntlich sind vom Sct. Vellej. mehrere Ausnahmen*) zugelassen; Thibaut Syst. §. 606. (Ed. 8.), Puchta Pand. §. 408., Glück Thl. XV.. §. 924. Nun verordnete Justinian in l. 23. C. 4. 29., den Fall ausgenommen, da das Frauenzimmer etwas für die Intercession bekommen hat,**) soll sie sich auf das Sct. berufen dürfen; um aber den leichtsinnigen Verbürgungen kräftiger vorzubeugen, soll sich überhaupt eine Frauensperson nicht anders, als mittels einer

*) Eine Ausnahme für den Fall, daß die Intercedentin den Schuldner, für welchen sie sich verbürgt hatte, beerbt, kann wohl nicht als eine wahre Ausnahme betrachtet werden, denn da erwächst ihr eine Verbindlichkeit nur aus einem anderen thatsächlichen Grunde.

**) Und nach einer späteren Verordnung, l. 24. l. 25. C. 4. 29., auch den Fall einer intercessio pro libertate und pro dote ausgenommen. Vgl. übrigens Nov. 134. cap. 8.

öffentlichen Urkunde giltig verbürgen können,*) und wo dies nicht beobachtet ist, soll ihre Verpflichtung null und nichtig, mithin ihr die Berufung auf das Sct. gar nicht weiter nöthig seyn.

Ueber das Verhältniß dieses neuen zum älteren Recht hat sich nun großer Streit unter den Rechtsgelehrten erhoben. Viele meinen, die älteren Ausnahmsfälle von dem Senatusconsult müßten auch dann noch gelten und mithin die Frauensperson aus ihrer Bürgschaft haftbar seyn, wenngleich dieselbe nicht in einem öffentlichen Instrumente niedergelegt ist. Allein die herrschende und gewiß auch richtigere Ansicht ist doch wohl diese: Nachdem Justinian von den älteren Ausnahmen nur Eine beibehalten hat, können die übrigen gegen die nun absolut und allgemein bedingende Vorschrift einer öffentlichen Beurkundung nicht mehr in Betracht kommen. Man wird demnach also entscheiden müssen:

I. Wenn die Frau für einen Fremden intercedirt hat. Ist dieses a) da, wo zwischen ihr und dem Gläubiger unmittelbar das Geschäft gepflogen wurde, nicht durch eine öffentliche Urkunde geschehen, so ist sie durchaus nicht verbunden,**) ausgenommen,

---

*) Diese Verordnung geht nach ihrem deutlichen Wortlaut nur auf solche Intercessionen, welche die Frauensperson durch ein mit dem Gläubiger abgeschlossenes Rechtsgeschäft eingeht. Die darin angedrohte Nullität erscheint als ein Präjudiz, welches dem Gläubiger auf die Einhaltung der vorgeschriebenen Form gesetzt ist, und setzt daher auch auf Seite des Gläubigers die Möglichkeit voraus, das Weib zur Einhaltung jener Form anzuhalten. Nun ist aber zuweilen diese Möglichkeit nicht vorhanden, wenn nämlich der Gläubiger gar nicht weiß, daß eine Frau Intercedentin ist. Z. B. sie gibt einem Freunde eine nicht gerade auf ihren Namen lautende Obligation, oder eine andere Sache, um sie für seine Schuld zu verpfänden. Auf einen solchen Fall paßt die Nullitätsbestimmung Justinian's wohl nicht, sondern nur das Pandectenrecht, welches immer statuirt, daß die Berufung auf das Sct. nicht stattfinde, wenn der Gläubiger sich in einer entschuldbaren Unwissenheit über das Daseyn einer weiblichen Intercession befunden hat; l. 1. C. 4. 29. — l. 6. l. 7. l. 17. §. 1. l. 12. D. 16. 1., Dollmann in Seuffert u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. VIII. S. 214., Sintenis in Linde's Zeitschr. Bd. X. S. 59., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 363., Kattenhorn über Intercessionen der Frauen S. 54.

**) Damit ist aber nicht gesagt, daß eine Frauensperson auch von solchen Verbindlichkeiten frei sey, welche nicht unmittelbar aus der Bürgschaft, sondern aus anderen ohne Unterschied des Geschlechts geltenden thatsächlichen Gründen fließen, z. B. ex capite doli oder versionis in rem; Glück Thl. XIV. S. 456., Thibaut System §. 607. (Ed. 8.), Seuffert Lehrb. §. 381., Mühlenbruch Lehrb. §. 489. Anm. 1.

wenn sie sich dadurch, daß sie etwas für ihre Intercession angenommen, der Wohlthat unwürdig gemacht hat, l. 23. C. 4. 29., oder der durch die Praxis stabilirte Ausnahmsfall einer in die Sphäre eines vom Staate concessionirten Gewerbes fallenden Intercession vorliegt.*) Ist dies aber b) in einem öffentlichen Instrument geschehen, so ist zwar ihre Bürgschaft nicht, wie im vorigen Falle, dergestalt null und nichtig, daß der Richter gar keine Klage daraus annehmen dürfte; aber sie kann das Sct. Vellej. dagegen geltend machen, und es kommt dann nur darauf an, ob nicht einer der älteren Ausnahmfälle vom Senatusconsult vorliegt; Braun Erörter. zu Thibaut §. 948., Puchta Pand. §. 409., v. Vangerow a. a. O. S. 160.

II. Wenn die Frau für ihren Ehemann intercedirt hat. Da verordnet die Nov. 134. cap. 8.: Ne tale quid valeat, vel obtineat, sive id semel, sive saepius pro eadem re fiat, sive privatum sive publicum sit debitum, sed pro non scripto habeatur, nisi manifeste probetur, pecuniam in utilitatem mulieris versam esse. Ihre Intercession ist also ohne irgend eine andere, als die in der Novelle soeben angezeigte Ausnahme ungiltig.**) [Aus dieser Nov. ist entnommen die Auth. Si qua mulier ad l. 22. C. 4. 29., welche gewöhnlich schlechthin als Quelle jenes Rechtssatzes genannt wird. Vergl. dazu Busch im civilist. Archiv XXXI. S. 25 ff. u. Girtanner a. a. O. S. 358 ff.]

Zu 16) Das Geben eines Pfandes für die Schuld eines Andern ist ohne Zweifel eine Intercession, l. 8. pr. D. 16. 1., und daher,

---

*) Manche betrachten auch die intercessio pro dote und pro libertate als Ausnahmsfälle, in welchen nämlich die unfeierliche weibliche Intercession verbinde, wegen l. 24. u. 25. C. 4. 29., Thibaut System §. 607. (Ed. 8.), wogegen aber v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 581. bemerkt, daß Justinian in beiden Gesetzstellen nur die Unanwendbarkeit des Scti. Vellej., aber nicht seiner Solennitätsvorschrift ausgesprochen habe; s. auch Sintenis in Sell's Jahrb. Bd. II. S. 365.

**) Daß aber zur Begründung dieser Ausnahme die versio in rem allein noch nicht genügen, sondern außerdem noch die Form einer öffentlichen Urkunde beobachtet werden solle, wie Mehrere behaupten, z. B. Thibaut System §. 607. (Ed. 8.), v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. (§. 372.) S. 415., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 518. S. 367., bestreitet wohl mit Recht v. Vangerow a. a. O., da es weder in der Nov. cit. gesagt ist, noch in der Natur der Sache liegt.

wenn es von einer Frauensperson geschieht, ungiltig. Dagegen wird ihr die Erlassung oder Zurückgabe eines erhaltenen Unterpfandes, und die Entsagung eines ihr zustehenden Hypothekrechts gestattet; l. 8. pr. cit. l. 11. l. 21. C. 4. 29. Hieraus folgert man: Verzicht auf ein Recht, wenngleich mit Rücksicht auf eine fremde Schuld, oder einem dritten Gläubiger zu Gefallen, ist keine Intercession; Puchta Pand. §. 403., v. Vangerow Pand. a. a. O. S. 134. Ebenso sagt Sintenis in Linde's Zeitschr. Bd. X. S. 59. u. Liebe in Weiske's Rechtslex. Bd. V. S. 511.: „Der Verzicht auf Rechte, z. B. auf ein Pfandrecht, ist so wenig eine Intercession, wie eine Schenkung, oder ein Erlaß, auch wenn er zu einem solchen Zweck geschähe, wie ihn eine Intercession zu haben pflegt." Gegen diese Ansicht hat neuerlich Deurer im civilist. Archiv Bd. XXVIII. S. 407. gewichtige Zweifel erhoben, welche einer umfassenderen Prüfung, als der Raum und Zweck dieses Werks gestattet, vorbehalten bleiben müssen. Zwar wird ihm ohne Zweifel zuzugestehen seyn, daß die l. 8. pr. D. 16. 1. — l. 11. C. 4. 29. nichts für die obige Meinung beweisen, denn es ist darin nichts von der remissio pignoris einem andern Gläubiger gegenüber oder zu dessen Gunsten gesagt, aber blos dem Schuldner gegenüber ist ein Erlaß begreiflicher Weise allerdings keine solche Handlung, welche unter das Senatusconsult fallen könnte. Dagegen spricht ohne Zweifel die l. 21. C. 4. 29. von der remissio pignoris im Verhältniß zu einem andern Gläubiger des Schuldners der Frau; jubemus licere mulieribus et pro uno contractu vel certis contractibus, *seu pro una vel certis personis seu rebus* juri hypothecarum sibi competenti per consensum proprium renunciare. Auch folgt dies consequent aus dem Princip und Zweck des Sctі. Vellej., indem dasselbe nicht auf jedes Weggeben von Seite einer Frauensperson — wie hier geschähe — sondern auf die Uebernahme einer erst künftig zu erfüllenden, in ihren Wirkungen noch zweifelhaften, und daher für den Leichtsinn mehr verlockenden Verbindlichkeit gerichtet ist. Vorzüglichen Werth für seine Meinung legt Deurer auf l. 17. §. 1. D. 16. 1. Eine directe Entscheidung findet sich zwar darin nicht, aber implicite scheint allerdings darin der Satz zu liegen: Wenn eine Frau eine ihr — sey es nun eigenthümlich oder pfandweise — gehörige Sache einem andern Gläubiger ihres Mannes als Pfand für seine Forderung überläßt, so ist dies eine Intercession, und die gegen eine solche stattfindende Berufung auf das Sct. fällt nur dann hinweg, wenn der Gläubiger von ihrem Pfandrecht nichts wußte, mithin ebensowenig wissen konnte, daß in der Handlung der

Frau eine Intercession liege.*) Die verschiedenen Erklärungsversuche dieser Stelle s. Deurer a. a. O., Glück Thl. XV. S. 4., Cujac. ad Africanum Tract. IV. h. t. (Opp. T. I. pag. 1300.), Sintenis Handb. d. Pfandr. S. 680., Kattenhorn über Intercessionen der Frauen S. 52., Windscheid D. de valida mulierum intercessione (Bonae 1838.) pag. 5.

Zu 17) Um schließlich das in Folge der exc. Sct. Vellej. entstehende Verhältniß des Gläubigers in Betrachtung zu ziehen, ist zu bemerken:

1) In Ansehung des Verhältnisses zum Schuldner, welchen

a) die Frau expromittirt hat; — hier wird dem Gläubiger die alte Klage wiederhergestellt, um die durch die Expromission aufgehobene Verbindlichkeit wieder geltend zu machen, act. restitutoria, welche übrigens abweichend von anderen prätorischen Restitutionsklagen als act. perpetua angesehen wird, l. 10. D. 16. 1., wofern nicht die alte Klage eine bloße Temporalklage war; l. 24. §. 3. D. 16. 1. Diese Klage hat er selbst dann, wenn er der Intercedentin die Verbindlichkeit erlassen hat, l. 8. §. 9. D. 16. 1., oder wenn er ihr Erbe geworden ist; l. 8. §. 12. ib.

b) Intercedirt das Frauenzimmer für eine Schuld, welche noch gar nicht contrahirt war, welche aber sicherlich contrahirt werden sollte, so erhält der gegen das Frauenzimmer wirkungslos klagende Gläubiger gegen den eigentlichen Schuldner dieselbe Klage, welche er gegen das Frauenzimmer gehabt haben würde (act. institutoria); l. 8. §. 14. 15. D. 16. 1., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 516., Arndts Pand. §. 360., v. Keller Pand. §. 292. IV. A.

2) Gegen einen Mitintercedenten der Frau:

a) Ist die Intercession in Form einer Solidar-Obligation geschehen, so fällt die Frau ganz aus, und der mitintercedirende

---

*) Ein solcher Fall ist in der Art möglich, wie er der l. 17. §. 1. cit. wirklich zum Grunde liegt. Eine Frau hatte nämlich eine pfandschaftliche Forderung wegen ihres Heirathsguts an ihren Mann, und ein anderer Gläubiger ihres Mannes löste diese durch baare Zahlung aus, ohne Zweifel, um mit dem Mehrwerth des Pfandes, welches sie ihm nun gegen die erhaltene Zahlung aushändigte, seine eigene Forderung zu decken. Sie hatte aber auch noch eine andere Forderung an ihren Mann, für welche dieses Unterpfand gleichfalls verhaftet war, und hinterher fällt es ihr ein, dieserwegen das weggegebene Unterpfand mit der act. Serviana herauszufordern.

Mann haftet für die ganze Intercessionsverbindlichkeit solidarisch; l. 48. pr. D. 46. 1.

b) Geschah die Intercession mehrerer Personen nach Kopftheilen, so haftet der Mann beim Ausfall der Mitintercedentin nur für seinen Theil, wegen des von der Frauensperson übernommenen Theils aber kann sich der Gläubiger nur an den Schuldner halten. Eine getheilte Verbindlichkeit wird schon dann angenommen, wenn eine Frau sich mit einem Manne zugleich correalisch im Darlehen verbindlich gemacht hat. Denn hier haftet sie für ihren Antheil als Selbstschuldnerin; wird sie aber auf das Uebrige belangt, so steht ihr die exc. Scti. Vellej. zur Seite. Eine sehr wohlbegründete Ausnahme enthält jedoch l. 17. §. 2. D. 16. 1.

Kapitel XIX.

Constitutum debiti proprii.

§. 315.

Dig. XIII. 5. de pecunia constituta. Cod. IV. 18. de constituta pecunia. Inst. IV. 6. §. 8. u. 9. de actionibus.

1) Wodurch unterscheidet sich benanntes Constitut vom pactum geminatum? und worin besteht dessen praktischer Nutzen?
2) Wenn von zweien derselben Stipulation Theilhaftigen dem Einen constituirt, hernach aber dem Andern gezahlt worden ist, geht dadurch dem Ersteren sein Anspruch aus dem Constitut verloren?
3) Wann kann, wenn dem Constitut keine Zahlungszeit beigefügt worden ist, aus demselben geklagt werden?
4) Werden, wenn eine solche beigefügt ist, die Nachtheile des Verzugs immer sogleich für den Verpflichteten herbeigeführt?
5) Besteht neben dem Constitut die alte Verbindlichkeit noch fort?
5a) [Liegt in der Leistung einer Abschlagszahlung eine Anerkennung der Schuld?]

6) Wie unterscheidet sich vom Constitut das Abrechnungsgeschäft, und inwiefern bildet letzteres einen selbständigen Schuld- und Klaggrund?

Zu 1) Bei dem pactum geminatum oder dem wiederholten Versprechen ist eigentlich nur ein einziger Vertrag vorhanden, während das constitutum neben einem früheren Vertrage als ein zweiter, und in Bezug auf eine Obligation anderen Ursprungs als ein besonderer Vertrag erscheint; Sintenis prakt. gem. Civilr. Bd. II. §. 99. III. Das Constitut enthält zwar, sowie das pactum geminatum, eine Genehmigung in sich, setzt aber doch immer die Präexistenz einer wirklichen Verbindlichkeit voraus, wogegen die Ratihabition etwas sonst ganz Unverbindliches wirksam machen kann. Das Constitut ist nicht bloße Wiederholung eines Versprechens, sondern Zusicherung der Erfüllung eines gegebenen Versprechens. Es muß daher die Anerkennung desselben und den Bezug auf jene eingegangene Verbindlichkeit enthalten; Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 125., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 377., Bruns in s. Zeitschr. f. Rechtsgesch. I. S. 73., Bähr D. Anerkennung S. 111. Sein Inhalt und Zweck ist auch nicht so beschränkt, wie der eines blos wiederholten Versprechens. Der daraus entspringende praktische Nutzen besteht zwar nicht mehr darin, ein pactum nudum zur Klagbarkeit zu erheben,*) denn dessen bedarf es ja h. z. T. nicht mehr, wohl aber darin, einer blos natürlichen Verbindlichkeit civilrechtliche Wirksamkeit zu verleihen, l. 1. §. 7. 8. D. 13. 5., oder wenn ein Versprechen gar nicht vorliegt, sondern irgend eine andere erlaubte oder unerlaubte Handlung die Verbindlichkeit erzeugt hat, l. 1. §. 6. l. 29. D. 13. 5., letztere fest zu bestimmen, oder auch, wo es auf nähere Verständigung oder irgend welche Nebenbestimmungen, l. 3. §. 2. l. 4. l. 5. pr. D. 13. 5., oder Bedingungen, l. 2. pr. C. 4. 18., ankommt, sich die Erfüllung unzweifelhafter und vollständiger zu versichern, wie denn durch das Constitut auch eine alternative zu einer reinen, und eine unbedingte Schuld zu einer bedingten gemacht werden kann;**) l. 25. pr.

---

*) [Diese angebliche Wirkung ist überhaupt sehr zweifelhaft!]

**) War aber die Verbindlichkeit schon anfänglich suspensiv bedingt, so gilt die Bedingung von selbst auch für das Constitut; l. 19. pr. D. 13. 5. — l. 2. C. 4. 18. Die bedingte Schuld wird daher durch einfaches Constitut nicht unbedingt. Ueberhaupt kann das Constitut nicht weiter reichen, als die ursprüngliche Schuld reicht, daher sich nicht auf Zinsen erstrecken, wenn diese unverzinslich war; l. 11. §. 1. l. 24. D. 13. 5., Schilling Lehrb. Bd. III. S. 668.

D. 13. 5. Daß das Constitutum nicht blos nach der gewöhnlichen Begriffsbestimmung auf Zahlungsversprechen, sondern auch auf Sicherstellung eines Schuldverhältnisses gerichtet seyn könne, ist nach l. 14. §. 1. u. 2. l. 21. §. 2. D. 13. 5., ungeachtet der in Glück Thl. XIII. S. 415. Anm. 64. bemerkten verschiedenen Lesarten der letzteren Stelle, mit Grund wohl nicht zu bezweifeln; Schilling Lehrb. Bd. III. S. 670. Anm. d. Das Constitut gewährt auch den Vortheil, daß es wirksam bleibt, wenn auch die Klage aus der Hauptobligation nach Eingehung des Constituts durch Zeitablauf erlischt; l. 18. §. 1. l. 19. §. 2. D. 13. 5., Glück a. a. O. S. 380.

Unmöglich wird man aber dem mit Mehreren, namentlich auch Seuffert Lehrb. d. Pand. Bd. II. §. 389. Anm. 6., von Glück a. a. O. S. 395. Anm. 10. aufgestellten Satze beipflichten können, vermöge dessen dem Gläubiger die Wahl zwischen der Klage aus dem ursprünglichen Schuldverhältniß und der aus dem Constitutum ohne alle Modification zugestanden wird, denn dann wäre ja ein jenes milderndes Constitut wirkungslos; Schilling a. a. O. S. 673. Anm. bb. Vielmehr ist, so lange der Schuldner den neu constituirten Bestimmungen nicht entgegen gehandelt, eine Exception wider die Klage aus der früheren Obligation begründet. Vergl. Bruns a. a. O. S. 81. 107.

Seine natürliche Grenze hat übrigens das Constitut darin, daß a) eine wirkliche Verbindlichkeit schon vorhanden gewesen seyn muß;*) l. 11. pr. D. 13. 5. — l. 2. pr. C. 4. 18. War diese nur irrig geglaubt, so gilt das Constitut nicht; l. 31. D. 13. 5. — l. 2. pr. C. 4. 18., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 333., Weber a. a. O. §. 124. 127. Nach l. 3. §. 1. D. 12. 5. scheint auch dann, wenn die Verbindlichkeit durch eine Exception abgewiesen werden

---

*) Damit hängt es zusammen, daß nur der wirkliche Schuldner constituiren kann, und das Zahlungsversprechen von ihm nur für sich, und für keinen Andern, auch nicht impersonaliter gegeben werden kann, jedoch neben einem Andern, und zwar entweder copulativ (dann wird er, außer dem Fall einer Correalität, l. 16. pr. D. 13. 5., zu seinem Antheil verbindlich, Glück Thl. XIII. S. 385.) oder alternativ: „du sollst von mir oder dem Cajus die Zahlung erhalten" (dann haftet der Constituent für die ganze Schuld; Auth. Cod. 4 18. — Nov. 115. cap. ult.). Ungiltig ist das Constitut, wenn die Zahlung an einen Andern versprochen wird, als an denjenigen, welchem constituirt wird; l. 5. §. 5. D. 13. 5. Aber einem Andern, als dem eigentlichen Gläubiger, kann giltig constituirt werden, wenn es mit dessen Zustimmung geschieht; l. 5. §. 2. D. 13. 5.

konnte, das Constitut ebenso unverbindlich gewesen zu seyn, Reinganum D. de constituta pecunia. Heidelb. 1819. pag. 34., Heimbach in Weiske's Rechtsl. Bd. III. S. 41.; dagegen bemerkt aber Thibaut System §. 597.: „Da bei uns ein einfacher Vertrag ohne vorhergehende Verbindlichkeit vollgiltig ist, so ist nun auch das Versprechen, welches auf die Erfüllung einer vernichteten Verbindlichkeit geht, in aller Rücksicht verbindend, sofern nur die Verbindlichkeit nicht absolut vernichtet war, und das Versprechen unter Umständen geschah, unter denen der Versprechende sich vollgiltig verpflichten konnte." Es galt ja auch das wissentliche Versprechen einer Nichtschuld als einer Schuld, wenn es durch Stipulation geschah, und bei uns wirken alle pacta nuda gerade so viel, wie die römische Stipulatio. — b) Daß das Constitut nicht über die ursprüngliche Verbindlichkeit hinausschreiten, mithin das Object, wenn auch verändert und vermindert, doch nicht vergrößert werden kann; l. 1. §. 5. l. 11. §. 1. D. 13. 5.

Zu 2) Verneinend entscheidet l. 10. D. 13. 5. unter Beifügung des Grundes: quia loco ejus, cui jam solutum est, haberi debet is, cui constituitur, [so daß die spätere Zahlung als indebitum zu behandeln ist und condicirt werden kann; vergl. Bruns a. a. O. S. 83.]

Zu 3) Nicht vor Ablauf von 10 Tagen; l. 21. §. 1. D. 13. 5.

Zu 4) Eine mora solvendi kann natürlich dann nicht eintreten, wenn es an dem Gläubiger selbst gelegen war, daß die Zahlung nicht am bestimmten Tage erfolgen konnte. Aber auch außerdem kann der Verpflichtete noch die Nachtheile des Verzugs von sich abwenden, wenn er vor Anstellung der Klage sich noch mit der Zahlung einstellt, und er kann sogar umgekehrt den Gläubiger dann in moram accipiendi versetzen, wenn dieser ohne ein gegründetes Interesse die Annahme der Zahlung verweigert; l. 17. D. 13. 5., Glück Thl. XIII. S. 427.

Zu 5) Dadurch, daß durch das Constitut nur die ursprüngliche Verbindlichkeit bestärkt, aber nicht in eine neue umgewandelt wird, wodurch das Constitut den Gegensatz der Novation bildet, l. 3. §. 2. D. 50. 8., Glück a. a. O., folgt von selbst, daß die alte Verbindlichkeit neben dem Constitut noch fortdaure. Daher gehen durch das Constitut die Privilegien der ersten Forderung nicht verloren, l. 3. pr. D. 13. 5., es wird bei einer entstandenen Münzveränderung auf die Zeit gesehen, da die erste Verbindlichkeit contrahirt wurde, nam actio de constituta pecunia retrorsum se refert, l. 18. §. 1. l. 28. D. 13. 5. — l. 15. D. 15. 3., und wenn die Klage aus dem Constitut dadurch wegfällt, daß der Gläubiger in mora accipiendi war, so bleibt ihm

doch noch die alte Klage übrig, welche ihm vor dem Constitut zustand; Huber Praelect. ad Pand. XIII. 5. §. 8., Glück a. a. O. S. 394. Durch das Constitut eines correalischen Schuldners werden die übrigen Mitschuldner desselben nicht befreit; Schweppe a. a. O. Bd. III. §. 507. S. 332.

Zu 5a) [Mit Recht verneint das O.=A.=G. zu Jena diese Frage; allerdings könne in einer Abschlagszahlung eine praesumtio hominis für die Richtigkeit der Schuld gefunden werden, allein eine solche befreie nicht von allem Beweise; die l. 4. C. 4. 30. lege der Leistung einer Abschlagszahlung auf Capital und Zinsen die Bedeutung eines Anerkenntnisses der Schuld nur für den singulären Fall bei, wo es sich bei Schuldverschreibungen, die noch nicht zwei Jahre alt sind, um die Einrede des nicht bezahlten Geldes handelt, und dürfe auf andere Fälle nicht ausgedehnt werden; Seuffert's Archiv XVI. no. 33.]

Zu 6) Die Verschiedenheit des Abrechnungsgeschäfts*) vom Constitut macht sich in folgenden Beziehungen bemerkbar: a) das Constitut ist ein einseitiger Act, lediglich bestehend in der Anerkennung einer bereits vorhandenen Verbindlichkeit; das Abrechnungsgeschäft aber ist ein zweiseitiges Geschäft, indem durch eine zwischen dem Gläubiger und Schuldner gepflogene Berechnung über ihre Schuld= und Forderungsverhältnisse das quantitative Ergebniß für den einen oder andern Theil festgestellt wird. Aus einer gepflogenen Abrechnung kann zwar auch ein Constitut erfolgen, das Abrechnungsgeschäft selbst aber ist immer eine zweiseitige Handlung. b) Im Constitut kann nie eine privative Novation enthalten seyn (s. die vorige Fr. 5.), das Abrechnungsgeschäft kann aber ebensowohl die Absicht haben, an die Stelle der bisherigen Schuldverhältnisse, unter deren gänzlicher Aufhebung, ein neues Schuldverhältniß zu setzen, als auch mit deren

---

*) Diesem Gegenstand, welcher in den römischen Gesetzen sich nicht speciell behandelt findet, ist in Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. VIII. S. 64. eine umfängliche Erörterung gewidmet, deren Benutzung hier nicht unterlassen werden konnte. Es ist hier nur noch einer Verwechselung des Abrechnungsgeschäfts mit der öfter vorkommenden Clausel: „Werth in Rechnung" oder: „in Rechnung erhalten" durch die Bemerkung vorzubeugen, daß diese blos ein Bekenntniß des Ausstellers enthält, dem Empfänger des Schuldscheins den Werth desselben in seinen Handlungsbüchern zur Last (in das Soll) geschrieben, mithin diesen Werth als ein Activum in sein Handlungsvermögen aufgenommen zu haben. Vergl. auch Herold im Hess. Arch. f. prakt. Rechtswiss. VI. S. 423., welcher [den Abrechnungsvertrag unter die Grundsätze des constitutum stellt.]

Beibehaltung nur eine neue rechtliche Begründung hinzuzufügen. Ersteres geschieht z. B., wenn man die aus dem wechselseitigen Verkehr hervorgegangenen Briefe, Rechnungen oder Scheine zu cassiren, oder zu mortificiren sich einversteht und den Rest zu einer selbständigen Forderung erhebt; Letzteres muß aber immer angenommen werden, wenn Ersteres nicht ausdrücklich erklärt ist, woraus folgt, daß die mit dem ursprünglichen Forderungsverhältniß verbundenen Vorzugsrechte ihre volle Wirksamkeit behalten, und überhaupt ein Zurückgreifen auf die ursprünglichen qualitativ unverändert bleibenden Verhältnisse nicht ausgeschlossen ist. c) Das Constitut erfordert nothwendig die Angabe des Schuldgrundes, wenn auch nur eines allgemeinen, gleich allen anderen Cautionen ex antecedente causa, beim Abrechnungsgeschäft wird aber, wie es bei verschiedenartigen Posten sich von selbst versteht, schon durch das factum der Abrechnung die Verbindlichkeit constatirt.

Dieser letzte Punkt, die Frage nämlich: ob die Abrechnung schon an und für sich einen selbständigen Schuld- und Klaggrund zu bilden vermöge, ohne daß es der Angabe der früheren Forderungen bedürfe, ist, außer dem Fall einer erwiesenen Novation, freilich nicht außer Streit und Zweifel. Wenn nämlich ein Schuldbekenntniß mit Beziehung auf eine gepflogene Abrechnung ausgestellt ist, so pflegt man wohl einzuwenden: diese Beziehung lasse die Rechtsgründe der wechselseitigen Forderungen nicht ersehen, auf welche es bei einem Act von blos accessorischer Natur doch immer noch ankommen müsse, sie sey also eine cautio indiscreta, allenfalls ein referens sine relato, und zur Klagsbegründung nicht geeignet, weil bei persönlichen Klagen immer auch die causa agendi remota angegeben werden müsse. Dieses Bedenken fällt aber weg, wenn man die Abrechnung als ein für sich bestehendes verbindliches Rechtsgeschäft anerkennt, denn dann erscheint der in demselben liegende Vertrag als causa debendi, und kann unbedenklich mit Heise und Cropp jurist. Abhandl. Bd. I. S. 365. behauptet werden: „daß in einer Verschreibung, worin auf eine stattgehabte Berechnung Bezug genommen und die verschriebene Summe als Resultat derselben bezeichnet ist, keine weitere specielle Angabe der causae debendi — was ja zu den größten Weitläufigkeiten führen könnte — erforderlich sey." Damit stimmen auch andere angesehene Rechtsgelehrte überein: mentio reliqui aut residui rationum sufficientem causae debendi expressionem continet; Wernher Obs. for. T. I. P. IV. obs. 186., Berlich Decis. P. I. dec. 96. no. 10., Berger Electa proc. exec. §. 11., vorzüglich Pfeiffer a. a. O. S. 64., cf. l. 26.

§. 2. D. 16. 3. — l. 47. §. 1. D. 2. 14. Im Begriff des Abrechnungsgeschäfts liegt es schon, daß es sich nur darum handelt, qualitativ wenigstens im Allgemeinen nicht bestrittene und nur quantitativ oder in Einzelpunkten unlautere Forderungen und Gegenforderungen in das Reine zu setzen. Im letzten Fall, dem Vergleich ähnlich, bleibt es im Uebrigen immer ein Vertrag, durch welchen eine aus Complicationen nothwendig entstehende Unklarheit des gegenseitigen Obligationsverhältnisses mutuo consensu und bona fide in das Klare gesetzt wird. Das Bedenken wegen mangelnder causa remota agendi scheint demnach grundlos; bei der act. ex chirographo ist die Ausstellung des Schuldscheins immer die causa agendi remota, und nur um diesen zum wirklichen Schuldschein zu qualificiren, wird die Angabe des Entstehungsgrunds der Schuld erfordert. Ein Schuldbekenntniß, welches den Grund der Schuldigkeit in eine gepflogene Abrechnung setzt, ist aber kein instrumentum indiscretum, keine nichtssagende Scriptur. Damit ist übrigens keineswegs gesagt, daß durch das Abrechnungsgeschäft, das aus beiderseitiger Zustimmung hervorgegangene und insofern allerdings einen selbständigen Schuld- und Klaggrund bildende Product über alle Einreden erhaben wäre. Zwar müssen alle Einwendungen, womit die Richtigkeit der einzelnen unter der Abrechnung begriffenen Posten, die ihnen zum Grund liegenden Thatsachen und die angesetzten Beträge bestritten werden wollten, durch das in der Schuldurkunde enthaltene Bekenntniß ausgeschlossen bleiben, da ja sonst das ganze Geschäft — Feststellung der Forderungen und Gegenforderungen — ohne alle rechtliche Wirksamkeit wäre, und dagegen könnte selbst die Clausel „Irrthum vorbehalten" nicht schützen, da dieselbe nur auf Calculationsfehler bezogen werden darf; Pfeiffer a. a. O. S. 90. Allein außer dergleichen Rechnungsirrthümern und solchen Mängeln, welche der Giltigkeit eines jeden Vertrags entgegenstehen, kommt noch in Betracht: 1) daß durch das Abrechnungsgeschäft an der qualitativen Beschaffenheit der aufgerechneten Posten insoweit nichts geändert wird, daß gesetzlich reprobirte Forderungen dadurch nicht getheilt werden, und auch eine in die Abrechnung aufgenommene rechtsungiltige Forderung dadurch nicht von der ihr entgegenstehenden exc. juris befreit wird, z. B. wenn eine der exc. leg. Anastasianae unterworfene cedirte Forderung für voll in die Berechnung aufgenommen war, denn es wird hier, wie beim Constitut, eine rechtsgiltige Forderung vorausgesetzt; Pfeiffer a. a. O. S. 87. Auch müssen 2) später erst entstandene Einreden beachtet werden, s. Pfeiffer a. a. O. S. 77., und 3) folgt daraus, daß das auf

eine Abrechnung gegründete Schuldbekenntniß nur auf die in jener begriffenen Posten bezogen werden kann, nothwendig, daß es im Streit über den objectiven Umfang des Actes der Abrechnung, darüber nämlich, ob gewisse Forderungen oder Zahlungen in der Abrechnung mit begriffen seyen, oder nicht, auf Beweis anzukommen hat.

[Ueber die heutige Anwendbarkeit des römischen Constitutrechts wird in neuerer Zeit viel gestritten, seit Bähr Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 171. 219. (dazu auch in Ihering's Jahrbb. II. S. 283 ff. u. S. 367 ff.) u. Brinz Pand. I. S. 423. 431. jene verneint haben. Vergl. v. Helmolt im Hess. Archiv f. prakt. Rechtswiss. III. S. 496 ff., Dernburg in d. Heidelb. krit. Zeitschr. III. S. 496 ff., Buchka-Budde Entscheid. d. Meckl. O.-A.-G. II. S. 185., Arndts in d. krit. Ueberschau IV. S. 1 ff. u. S. 219 ff., Schlesinger Zur Lehre von den Formalcontr. S. 129 ff. In theilweiser Uebereinstimmung mit Letzterem hat sich zuletzt Bruns in s. Zeitschr. f. Rechtsgesch. I. S. 93. u. 110 ff. gegen Bähr ausgesprochen. Bruns führt aus: Wie das Constitut stets eine Hauptschuld wesentlich voraussetzt, so hat es auch andrerseits in derselben seine rechtliche causa, und auf den weiteren Grund, warum man die Zahlung constituirt hat, kommt in der Regel weiter nichts an. Das Constitut hatte dieses mit der Stipulation gemein, und es lag gerade darin der Grund, warum das Constitut von anderen pacta ausgeschieden und für klagbar erklärt werden konnte. Auch bei uns besteht diese Eigenthümlichkeit fort und bildet einen Hauptunterschied der Zahlungsversprechen von anderen selbständigen Versprechen. Die Folge davon ist, daß bei der Klage aus dem Constitut weder der Kläger neben der Hauptschuld noch eine besondere causa des Constituts zur Begründung seiner Klage anzuführen braucht, noch der Beklagte auf den Mangel oder die Ungiltigkeit der causa eine Einrede gründen kann. Anerkennung und Constitut sind zwei an sich vollständig verschiedene Begriffe, so häufig auch beide im Leben mit einander verbunden sind. Anerkennung ist nur Zugeständniß, daß ein altes Recht bereits da sey, Constitut ist nur Begründung eines neuen Rechts neben dem alten. Anerkennung ist nur Beweismittel, nicht Obligationsgrund; Constitut ist nur Obligationsgrund, nicht Beweismittel. Constitut ist das Versprechen, zu zahlen was man schuldig ist; daß man schuldig sey, ist dabei wesentliche Voraussetzung; ob man aber schuldig sey, ist eine davon getrennte Frage und reine Sache des Beweises. Man kann daher einerseits constituiren, sowohl mit Anerkennung der alten Schuld als

ohne dieselbe, andrerseits aber auch anerkennen, sowohl mit als ohne Constitut. Constitut ist auch ohne Anerkennung denkbar und umgekehrt. Nun spricht aber Bähr von einem besonderen formellen Anerkennungsvertrage, durch dessen heutige Ausbildung dem Constitut ein Hauptgebiet seiner Anwendung genommen seyn soll; er empfindet es als einen Uebelstand für die Praxis, daß Schuld- und Bekenntnißscheine ohne Angabe der causa nach den Grundsätzen von constitutum und cautio indiscreta keine Klage begründen könnten, sondern der Kläger dabei stets zur Angabe und zum Beweise der eigentlichen causa der Schuld genöthigt werden könne; es sey ein praktisches Bedürfniß, daß eine allgemeine Angabe der Hauptschuld genüge und zur Begründung der Klage die specielle Angabe und Beweisung der causa der Hauptschuld unnöthig sey, und dieses Bedürfniß müsse dadurch befriedigt werden, daß der Schuldschein, der schriftliche Anerkennungsvertrag als Formalgeschäft, als abstracter Verpflichtungsact und gleichsam als accessorische Stipulation angesehen werde; eine besonders wichtige und praktisch feststehende Anwendung dieses Geschäfts sey das Abrechnungsgeschäft und die kaufmännische Saldoziehung (Bähr a. a. O. S. 223. 225.). Bruns ist dagegen der Ansicht, daß jenes Bedürfniß schon durch das Constitut im Röm. R. befriedigt werde, welches ja ebenso abstracter Art sey, wie die stipulatio (eine Ansicht, welche schon von Fuchs im civilist. Archiv XLII. S. 184. aufgestellt worden ist), und daß, wenn man nur nicht eine zu engherzige Beweistheorie festhalte, auch in unserem heutigen Recht das Constitut ausreichend sey, denn jenes Dogma von der Beweislosigkeit der generellen Schuldscheine sey überhaupt nicht stichhaltig, indem solche Schuldscheine immer ein Selbstzeugniß des Schuldners enthalten, welches dem Gläubiger den Beweis erleichtern, sichern, ersetzen soll und somit gleichsam ein Beweisvertrag ist (Bruns a. a. O. S. 127.). So gelangen zwar, wie v. Kräwel in Busch's Archiv f. Theorie u. Praxis d. allg. deut. Handelsr. I. S. 344. nicht mit Unrecht sagt, Bähr und Bruns, jener von seinem „Anerkennungsvertrag", dieser von seiner Theorie des constitutum aus zu ziemlich übereinstimmenden praktischen Resultaten; dennoch ist dieses Zusammentreffen nur ein äußeres, und die Ansicht eines jeden der beiden Streiter hängt mit weiteren Anschauungen, die sehr bestritten und problematisch sind, zusammen. Wir vermögen namentlich weder der Ansicht Bähr's, daß jeder moderne Schuldschein die Kraft einer accessorischen stipulatio habe, noch Bruns' Ansicht, daß Schuldscheine ohne (specielle) causa volle Beweiskraft haben, beizutreten,

vielmehr halten wir, was Ersterer allgemein behauptet, nur im Handelsrecht für richtig (s. dazu Bähr a. a. O. S. 266.), und was Letzterer eine steife und pedantische Beweistheorie nennt (Bruns a. a. O. S. 124.), scheint uns gewohnheitsrechtlich festzustehen und praktisch rationell zu seyn. In der Hauptsache stimmen wir mit den obigen Auseinandersetzungen des Verfassers überein. Die Acten des großen Streites sind noch nicht geschlossen. Vergl. Seuffert's Archiv XIV. no. 16. 17. XV. no. 24. 114. XVI. no. 31. 91. 218. 219.]

Kapitel XX.

Vergleich.*)

§. 316.

Dig. II. 15. — Cod. II. 4. de transactionibus.

1) Insofern auf Seiten der transigirenden Subjecte neben der allgemeinen Dispositionsfähigkeit insbesondere Veräußerungsbefugniß zur Giltigkeit eines Vergleichs vorausgesetzt wird, fragt sich insbesondere: inwieweit können a) Vormünder, b) Procuratoren, c) Syndiken und andere Administratoren moralischer Personen, d) Väter über das Vermögen ihrer Kinder, e) Ehemänner über das Vermögen ihrer Ehefrauen giltig transigiren?

2) Inwiefern können Minderjährige gegen einen Vergleich Restitution erlangen?

3) Gilt ein Vergleich über Vergehen und Verbrechen?

4) Gilt ein Vergleich über Aufhebung eines Eheverlöbnisses oder auch über Trennung der Ehe?

5) oder über eine rechtskräftig entschiedene Sache?

6) oder über den noch unbekannten letzten Willen eines Erblassers?

*) d. i. die vertragsweise Umwandlung eines streitigen oder sonst ungewissen Rechtsverhältnisses in ein gewisses, Puchta Pand. §. 294. transactio est conventio, qua res dubia vel controversa, aliquo dato, retento, vel promisso, terminatur; Schulting Enarrat. part. I. Dig. Lib. II. tit. 15. §. 2. Durch irgend eine Form ist der Vergleich gemeinrechtlich nicht bedingt.

7) Ist die Giltigkeit eines Abfindungsvergleichs über künftige Alimente in allen Fällen durch obrigkeitliche Cognition und Bestätigung bedingt?
8) Gilt bei Vergleichen der Grundsatz einschränkender Auslegung?
9) Welche rechtliche Folgen hat die Nichterfüllung eines Vergleichs, oder auch die Contravention gegen denselben?
10) Wirkt ein Vergleich, ebenso wie res judicata, paratam executionem?
11) Enthält der Vergleich eine Novation?
12) Welchen Einfluß hat der Irrthum auf einen geschlossenen Vergleich?
13) Ist ein Vergleich auch der Klage oder Einrede wegen Verletzung über die Hälfte unterworfen?
14) Wenn in einem Streit über eine Erbschaft die Parteien sich vergleichen, dieselbe unter sich zu theilen, müssen sich dann die Legatarien und die Gläubiger auch diese Theilung gefallen lassen?

Ueber die Frage: ob und inwiefern aus einem Vergleich Evictionsleistung von dem anderen Transigenten gefordert werden könne? s. oben im allgem. Theil Kap. V. §. 245. von der Gewährleistung wegen Eviction, Fr. 8.

Zu 1) Die meisten Rechtsgelehrten stimmen darin überein, daß a) Vormündern auch ohne obrigkeitliche Genehmigung die Befugniß zu Vergleichen in Sachen der durch sie Bevormundeten nicht durchaus abzusprechen sey; aber in Ansehung der Voraussetzungen solcher Befugniß stößt man dann doch auf bedenkliche Abweichungen. Einige sagen: der Vormund könne propria autoritate den Vergleich schließen, wenn es bewegliche Güter von nicht besonderem Werth betrifft, v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 245. (§. 195.), Leyser Sp. 46. med. 1., und über unbewegliche, wenn sie durch den Vergleich dem Curanden erhalten, nicht aber wenn sie durch denselben weggegeben werden sollen; Glück Thl. V. S. 40., Thibaut System §. 580. (Ed. 8.). Andere lassen den Vergleich auch im letzteren Fall zu, wenn der Gegner sich im Besitz des unbeweglichen Guts befindet, Voet Comm. ad Pand. Lib. II. tit. 15. §. 2., Harpprecht D. de transact. in causis minorum

§. 16. in Diss. acad. Vol. I. Diss. X., was aber gewiß unrichtig ist, weil die praesumtio pro possessore nicht definitiv ist, und die Vindication nicht hindert; Braun Erörter. zu Thibaut §. 921. Während übrigens alle Rechtsgelehrten erfordern, daß der Vergleich zum offenbaren Nutzen des Curanden gereichen müsse, l. 46. §. ult. D. 26. 7., und in Betracht, daß h. z. T. gewöhnlich auch die Veräußerung beweglicher Güter des Pupillen, sofern sie sich ohne Nachtheil und Gefahr aufbewahren lassen, den Vormündern nicht gestattet ist, jeder Vergleich aber eine Veräußerung enthält, wird man die obrigkeitliche Cognition nicht leicht für überflüssig ansehen können; Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 373. §. 522.

b) Ein Procurator muß entweder speciellen Auftrag zum Vergleich, oder wenn er Generalbevollmächtigter (procurator universalis, procurator omnium bonorum) ist, mandatum cum libera administratione haben; l. 13. D. 2. 15. — l. 60. D. 3. 3. — l. 7. C. 2. 4. — cap. 4. in VIto. de procurat. (1. 19.), v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 245. (§. 195.), Schweppe a. a. O. §. 522., Glück Thl. V. S. 42.

c) Wieweit die Befugniß des Vorstehers einer Gemeinheit gehe, ist, wenngleich die Zuständigkeit der Vorsteher von Gemeinheiten und der Administratoren moralischer Personen, über wirklich zweifelhafte Sachen sich zu vergleichen, nach l. 12. C. 2. 4. gewöhnlich angenommen wird, Glück a. a. O. S. 44., Leyser Sp. 54. med. 11., Gaill Obs. Lib. II. obs. 72. no. 11., Cocceji J. C. Lib. II. tit. 15. qu. 4., doch zunächst immer aus der Verfassung der universitas zu entscheiden. Bloße Syndiken sind so wenig als andere Anwälte zu Vergleichen ohne besondere Autorisation befugt, ja nach l. 34. §. 1. D. 12. 2. dürfen sie ohne solche nicht einmal dem Gegner einen Eid zuschieben.

d) Väter können nur für Kinder, die noch in ihrer Gewalt stehen, aber auch da nicht über deren peculium castrense, quasicastrense und adventitium irregulare giltig transigiren, und selbst wenn es ein pec. adventit. regulare betrifft, ist, wenn die Kinder mündig sind, deren Zustimmung erforderlich; Glück a. a. O. S. 46., v. Wening-Ingenheim a. a. O. Bd. II. S. 245. Anm. k., Schweppe a. a. O. §. 522., arg. l. 8. §. 3. C. 6. 61.

e) Der Ehemann kann ohne besondere Zustimmung der Frau über

Paraphernen gar nicht, über Dotalgüter aber nur, insofern durch den Vergleich das Heirathsgut erhalten wird, oder der Mann sonst befugt ist, Dotalgüter zu veräußern, l. 42. D. 23. 3., giltig transigiren. Außerdem convalescirt jedoch sein Vergleich, wenn er in der Folge die dotem lucrirt.

Zu 2) Gegen einen eidlich bekräftigten Vergleich ist die Restitution ausgeschlossen; Auth. Cod. 2. 28. sacramenta puberum etc., v. Quistorp Beiträge S. 370., Glück Thl. V. S. 88. Anm. 38. Ist außerdem der Vergleich für sie unter vormundschaftlicher und obervormundschaftlicher Autorität geschlossen, so kann eine Restitution wohl nur auf neu aufgefundene Documente, welche den Vergleich als nachtheilig für sie darstellen, gegründet werden, s. Glück a. a. O. S. 87., und die Folge davon ist sodann, daß der Andere sich nun auch wieder derjenigen Klage gegen den Minderjährigen bedienen kann, welche er vor dem Vergleich hatte; l. 1. u. 2. C. 2. 32., Risch d. Lehre v. Vergleich S. 232.

Zu 3) Daß man nicht über ein crimen futurum giltig transigiren könne, leuchtet von selbst ein; über das Privatinteresse aus begangenen unerlaubten Handlungen aber gilt ein Vergleich, insofern es ein solches Vergehen ist, welches nur auf Antrag des Verletzten untersucht und bestraft werden darf; Risch a. a. O. S. 96. u. Heimbach im Rechtslexikon XII. S. 217. 229 ff. Ein Vergleich zur Verheimlichung eines solchen Vergehens oder Verbrechens hingegen, welches von Amtswegen gerügt werden muß, ist wirkungslos; l. 27. §. 4. D. 2. 14., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 383.

Zu 4) Sponsalien können ohne Autorität der geistlichen Obern giltig geschlossen, mithin auch ebenso privatim wieder aufgelöst werden; cap. 2. X. 4. 1. Einen auf Ehetrennung gerichteten Vergleich hält man gewöhnlich zufolge c. 11. fin. X. de transact. (1. 36.) für ungiltig, und auf dem katholischen Standpunkt ist dies auch ganz consequent; bei den Protestanten aber, nachdem sie den Begriff eines Sacraments verlassen und eine Trennung vom Bande gestattet haben, wäre es völlig inconsequent, einen Vergleich absolut für unzulässig anzusehen, vielmehr hat man auch in neueren protestantischen Consistorien angefangen, vergleichsmäßige Scheidungen zu gestatten, wenn solche Thatsachen vorliegen, wegen deren der Richter selbst auf Scheidung erkennen kann. Die Genehmigung der geistlichen Behörde ist aber nicht zu umgehen, Renthe Versuch einer systemat. Erläuterung der Lehre v. d. Transacten §. 45. S. 105., Madihn Princ. jur. Rom. P. II. §. 243., Braun Erörter. zu Thibaut §. 921., Glück Thl. V.

S. 49., und ohne sie wäre auch ein beschworener Vergleich über Aufhebung einer giltigen Ehe nichtig; Leyser Sp. 47. med. 5. [Das Entscheidende ist also doch wohl immer die den Scheidungsgrund enthaltende Thatsache mit dem Ausspruch der Behörde, nicht aber das Privatabkommen eines Vergleichs.]

Zu 5) Die Parteien können sich giltig vergleichen, wenn es unter ihnen ungewiß ist, ob eine Entscheidung schon gefällt sey; l. 11. D. 2. 15. — l. 23. §. 1. D. 12. 6.: si hoc ipsum incertum sit, an judicatum sit. Zwar hält Schweppe a. a. O. Bd. III. S. 375. desfalls den Vergleich für ungiltig ob errorem in objecto, allein es ist in den angeführten Gesetzen gar nicht der Fall eines Irrthums unterstellt, sondern eine Ungewißheit, bei welcher man annehmen muß, daß die Parteien die selbstgeschaffene Gewißheit und Streitbeendigung derjenigen Gewißheit vorzogen, welche ihnen das vielleicht vorhandene Erkenntniß gewähren könnte. Der Fall ist demnach ganz analog dem der l. 7. pr. D. 2. 15., wenn man sich nach gefälltem Urtheil vergleicht, während noch eine Appellation gegen dasselbe möglich war. Ungiltig wäre aber der Vergleich wohl dann, wenn der eine Theil, während er die Entscheidung kannte, die Unwissenheit des Andern benutzt hätte, um ihn hinterlistig zu einem Vergleich zu induciren.

Die Gesetze, welche einen Vergleich de re judicata dermaßen für ungiltig erklären, daß sogar die auf dessen Grund geleistete Zahlung zurückgefordert werden kann, l. 23. §. 1. D. 12. 6. — Pauli sent. rec. Lib. I. tit. 1. de pact. conv. §. 5. — l. 32. C. 2. 4., setzen lediglich den Fall voraus, cum de sententia indubitata, quae nullo remedio adtemptari potest, transigitur; l. 23. cit. Verboten ist eigentlich nur eine transactio contra rem judicatam; Puchta Pand. §. 294. Ausgeschlossen war aber dadurch nicht eine Schenkung dessen, was durch das Urtheil errungen war, l. 1. D. 2. 15., Paul. sent. rec. l. c., oder ein pactum de non petendo, §. 3. J. 4. 13., und die durch dasselbe zu begründende Einrede, auch nicht, daß durch eine Novation, welche durch Aquiliana stipulatio et acceptilatio geschah, das vorige Rechtsverhältniß gänzlich wieder aufgehoben werden konnte; l. 4. D. 2. 15. — l. 32. C. 2. 4.*) Da aber alle diese Fälle nur ein wissent-

---

*) Dies wollte zwar Thibaut im civilist. Archiv Bd. VIII. no. 12. nicht zugeben, da es aber wörtlich in den angeführten Gesetzstellen gesagt ist, so muß er gleich seinem Vorgänger Donell. Comm. ad Cod. Lib. II. tit. IV. ad l. 32. cit. seine Zuflucht zu einer, wie Vinnius de transact. IV. 6. sagt, contra perpetuum latini sermonis usum laufenden Wortdeutung nehmen, indem er in der letzteren Stelle dem Worte si die Bedeutung von quia gibt.

liches freiwilliges Aufgeben eines Rechts enthalten, so bleibt dabei immerzu der Satz feststehend: daß ein eigentlicher Vergleich, durch welchen eine juridische Gewißheit als ein Ungewisses behandelt wird, welches noch anderweit gehoben werden mußte, ungiltig und unverbindlich ist; cf. Glück Thl. V. §. 350., v. Hartitzsch Entscheid. no. 422., Risch a. a. O. S. 76.—85., Heimbach im Rechtslex. XII. S. 226. Darüber einigt sich am Ende auch Thibaut mit seinem Gegner Goldschmidt im civil. Archiv Bd. IX. S. 79. u. 394., welchem auch Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. II. S. 287. beitreten, und indem bei einem solchen Vergleich wohl immer ein Unverstand auf einer oder der anderen Seite vorauszusetzen seyn wird, fassen sie die Regel also: „Wenn der obsiegende Theil etwa über sein durch rechtskräftiges Urtheil gesichertes Recht nicht gehörig belehrt, solches vielmehr für zweifelhaft haltend, gerade um Ungewißheit zu beseitigen, einen Vergleich eingeht, so ist er an denselben nicht gebunden."*) — Da übrigens auch post rem judicatam noch Manches in der That ungewiß bleiben kann, wie z. B. die Vollziehbarkeit des Urtheils gegen einen bösen Schuldner u. dgl., so ist man darüber auch einverstanden, daß ein Vergleich über dergleichen ungewisse Folgen der erlangten Entscheidung keinem Anstand unterliege.

Zu 6) Die entscheidende Gesetzstelle lautet: De his controversiis, quae ex testamento proficiscuntur neque transigi, neque exquiri veritas

---

S. dagegen Goldschmidt im civilist. Archiv Bd. IX. S. 76., Francke in der Tübinger krit. Zeitschr. f. Rechtsw. Bd. IV. S. 42., vgl. auch Puchta in Schunk's Jahrb. Bd. III. S. 45., welcher die l. 32. cit.: Super judicato frustra transigi non est opinionis incertae. Proinde si non Aquiliana stipulatione et acceptilatione subsecuta competentem tibi actionem (nämlich judicati) peremisti, Praeses provinciae usitato more legum rebus pridem judicatis effectum adhibere curabit einfach dahin wiedergibt: „Der Einwand des Vergleichs ist dir nicht hinderlich. Wenn du also nicht durch die (behauptete) aquilische Stipulation und darauf erfolgte Acceptilation deine actio judicati aufgegeben hast, so wird der Präses die Execution der Sentenz den Gesetzen gemäß verfügen."

*) Daß die Meinung Einiger: diese Regel hänge blos mit dem römischen Formelwesen zusammen, und sey deshalb bei uns, wo jedes pactum klagbar ist, nicht anwendbar, irrig sey, ist überzeugend bewiesen von Thibaut a. a. O. u. v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 668. Das Verbot beruht vielmehr auf inneren Gründen; das Justinianeische Recht verbietet ja pacta nuda nicht, sondern legt ihnen blos unvollkommene Wirksamkeit bei, dagegen Vergleiche post rem judicatam ganz untersagt sind. Vgl. auch Sell Jahrb. für R. R. Bd. II. S. 53.

aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti; l. 6. D. 2. 15. Ob sie eigentlich als prohibitiv anzusehen sey, darüber ist viel gestritten worden. Da sie dann dem Grundsatz widerspräche, daß man auch ungewissen Hoffnungen giltig entsagen könne, so wurde man geneigt, das non potest vielmehr von einem factischen Nichtkönnen (non commode oder utiliter potest) als von einem juristischen Nichtkönnen zu verstehen, und hierzu fand man vorzüglich darin einen Grund, daß diese Stelle eigentlich aus dem Edict des Prätors de aperiendis testamentorum tabulis (Gajus Lib. XVII. ad Edictum provinciale, l. 1. D. 29. 3.) genommen ist, welches als instructive Vorschrift vollständiger Publication der Testamente jenen Satz als Grund beifügt: Neque enim sine judice transigi, neque apud judicem exquiri veritas de his controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti. Für diese vorzüglich von Glück Thl. V. §. 349. vertheidigte Meinung sind außer den von ihm S. 30. Anm. 70. citirten Schriftstellern noch anzuführen: Held D. ad leg. 14. de transactionibus. Lips. 1828. pag. 3., Quistorp rechtl. Bemerk. Th. II. S. 103., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 383., Risch d. Lehre v. Vergleich S. 122., Hufnagel Mittheil. aus der Praxis der Würtemb. Civilger. Bd. I. no. 15., welcher auch mit Beziehung auf Gebauer et Spangenberg Corp. jur. ad h. l. not. 21. und Anton Schulting Comment. acad. I. Diss. IV. die l. 6. D. de transact. als eine in diesen Titel gar nicht gehörige lex (fugitiva) betrachtet. Allein, wie Glück selbst a. a. O. S. 43. einräumt, hat der Gerichtsbrauch sich für die Ungiltigkeit solcher Vergleiche, welche kaum diesen Namen verdienen, indem sie vielmehr auf eine Wette hinauslaufen, und zur Untergrabung der unter dem Schutz des Staats stehenden Testamente gereichen,*) entschieden, und gewiß ist auch Grund genug vorhanden, um anzunehmen, daß die fragliche Stelle des Edicts nicht umsonst in den tit. de transactionibus aufgenommen worden sey, gleichwie sie auch im Preuß. Landr. Th. I. Tit. 16. §. 442. 443. Aufnahme gefunden hat. Den von Glück a. a. O. S. 26. Anm. 60. für diese Meinung angeführten Rechtsgelehrten sind noch beizufügen: Thibaut Syst. §. 581. (Ed. 8.), Puchta Pand. §. 294., v. Hartitzsch Entscheid. no. 423., Wernher sel. observ. for. T. II. P. VII. obs. 243., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 4151., Gaill Obs. II. 139. no. 10., Schweppe röm.

---

*) l. 5. D. quem testam. aperiant. (29. 3.) „publice expedit, suprema hominum judicia exitum habere."

Privatr. Bd. III. S. 376., v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 246. (§. 196.) Nur im Fall eidlicher Bekräftigung betrachtet man die Vorschrift der l. 6. cit. jetzt als hinwegfallend; Thibaut System §. 581. (Ed. 8.), Glück a. a. O. S. 34. und die dort in Anm. 77. angeführten Autoren. [Risch a. a. O. S. 127. stellt die Ausbildung eines Gewohnheitrechts in Abrede, u. Heimbach im Rechtslex. XII. S. 242. pflichtet ihm darin bei.]

Zu 7) Auf vertragsmäßige Alimente, Leibrenten ist die betreffende gesetzliche Bestimmung nicht anwendbar, da jeder Vertrag, sowie er durch gegenseitige Einwilligung seine Entstehung erlangt, auf gleiche Weise wieder abgeändert oder aufgehoben werden kann, und da der Prohibitivgrund nicht eintritt, daß gegen die Absicht des Wohlthäters gehandelt würde. [So entschied das O.=A.=G. zu Celle in Abweichung von einem Erkenntniß aus früherer Zeit; Seuffert's Archiv XI. No. 39.] Die gesetzliche Vorschrift ist aber auch nicht — wie Puchta Pand. §. 294. lehrt — blos auf Alimente, welche mortis causa hinterlassen worden sind — auf welche sich l. 8. D. 2. 15. besonders bezieht —, sondern, ihrem Grunde und ihrer allgemeineren Fassung in l. 8. C. 2. 4. nach, auch auf gesetzliche Alimente anwendbar; Glück Thl. V. S. 53 ff. und die Citate in Anm. 48. u. 49., Schweppe a. a. O. S. 377. Anm. 2., Leyser Sp. 583. cor. 2., Thibaut System §. 581. (Ed. 8.), Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 383., Risch d. Lehre v. Vergl. S. 102., Heimbach im Rechtslex. XII. S. 233. Dagegen kann auch ein beschworener Vergleich nichts wirken, da es nicht erlaubt seyn kann, die zum gemeinen Besten gegebenen Gesetze unwirksam zu machen und durch einen Eid Dritten, welchen der Alimentationsbedürftige nachmals zur Last fiele, Schaden zuzufügen; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. V. Med. 283., Glück a. a. O. S. 55. und die in Anm. 57. cit. Schriften, Emminghaus ad Cocceji jus controv. Lib. II. tit. 15. qu. 7. not. w., Schweppe a. a. O. Bd. III. S. 377., Risch a. a. S. 108.

Zu 8) Die Vorschrift einschränkender Auslegung, welcher die meisten älteren Rechtslehrer einen Vergleich für unterworfen erachten siehe Voet Comm. ad Pand. Lib. II. tit. 15. §. 21., Leyser Sp. 46. med. 8.), baut nur nothdürftig auf die Vermuthung, daß der Weggebende nur so wenig als möglich verlieren wolle. Da dies aber auch bei anderen Verträgen der Fall ist, so kann man daraus keine Besonderheit für den Vergleich ableiten. Richtiger ist es daher, auch bei Vergleichen den allgemeinen Grundsätzen der Auslegung der Verträge zu folgen, und sie demzufolge nach der erkennbaren Absicht der Tran=

sigenten zu erklären; v. Gönner jurist. Abhandl. Th. I. no. 4., Schweppe a. a. O. Bd. III. S. 380., Glück Thl. V. §. 357., Nisch a. a. O. 168. u. Heimbach a. a. O. S. 251. War nun der Gegenstand des Vergleichs eine species, oder eine bestimmte Einzelnheit (transactio specialis), so darf man nichts Anderes oder Mehreres darunter begreifen, wenngleich dabei gesagt wäre, man wolle keine weitere Forderung machen; l. 31. C. 2. 4. Sind z. B. zwei Forderungsklagen gleichzeitig anhängig gemacht, so kann, wenn nur in der Einen ein Vergleich unternommen und perficirt worden war, nicht etwa eine dabei gebrauchte dunkle Floskel „eins für alle" berechtigen, auch die andere Forderung durch diesen Vergleich für aufgehoben anzusehen; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. Med. 231. Bei einem Vergleich über ein genus (transactio generalis), nämlich einem solchen, welcher mehrere unter einem gemeinschaftlichen Namen begriffene Einzelnheiten umfaßt, z. B. einen Erbanspruch, eine Societät, Vormundschaft u. dgl., müssen alle species, wenn sich auch dergleichen nachher erst vorgefunden haben, in demselben begriffen werden,*) es wäre denn, daß die Transigenten nicht wohl an solche denken konnten, l. 29. C. 2. 4. — l. 12. D. 2. 15. — l. 35. D. 2. 14., z. B. wenn dem Vergleich über eine Erbschaft ein Inventar zum Grunde lag, in welchem aber gewisse dazu gehörige Stücke ausgelassen waren, oder diese nicht in der Erbschaftsmasse, sondern in fremden Händen sich befunden hatten; Koch a. a. O. §. 383. II. 3. Im Allgemeinen kann aber mangelhafte Kenntniß der im verglichenen genus vorhandenen species nicht zur Anfechtung des Vergleichs berechtigen.

Zu 9) Nur der Bruch eines beschworenen Vergleichs zieht nach l. 41. C. 2. 4. die Folge nach sich, daß der Zuwiderhandelnde seines Rechts verlustig, und alles aus dem Vergleich bereits Empfangene zurückzugeben schuldig ist, und überdem neben einer etwa bedungenen Conventionalstrafe auch die Strafe der Infamie zu erleiden hat. Diese rechtlichen Nachtheile treten auch nicht blos dann ein, wenn der Vergleich durch Leistung eines körperlichen Eides bestärkt wurde, sondern auch, wenn die Eidesformel wörtlich der Vergleichsurkunde einverleibt, oder die Festhaltung des Vergleichs an Eidesstatt angelobt wor-

---

*) Höchstens könnte derjenigen Partei, welche einen rationell zu den verglichenen Ansprüchen zu rechnenden Gegenstand als nicht dazu gehörig, oder als einen solchen, an welchen man bei dem Vergleiche nicht gedacht habe, behauptet, der Beweis nachgelassen werden, daß der Vergleich darauf nicht ausgedehnt gewesen sey; Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 380.

den ist; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 2. Anm. a., Glück Thl. V. S. 73. Anm. 8., Harpprecht D. de transactione jurata §. 6—8., Stryck de cautel. contract. Sect. III. Cap. VII. §. 18., Risch a. a. O. S. 171. Daß außerdem schon das bloße Zuwiderhandeln eines Theils den andern zum Rücktritt vom Vergleich sofort berechtigen sollte, wie einige Rechtsgelehrte behaupten (s. die Citate in Glück a. a. O. S. 74. Anm. 10.), ist nun wohl allgemein als irrig anerkannt; s. ebend. Anm. 13., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. IV. Anm. 4., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 4156., v. Hartitzsch Entsch. no. 420. Wenn z. B. in einem Vergleich ausdrücklich stipulirt war, daß der Inhalt gegen Jedermann geheim gehalten werden solle, so kann, wenn nicht die commissorische Clausel beigefügt ist, doch wegen solcher Verletzung des Vergleichs nur auf das Interesse geklagt werden; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. Med. 248. Erhebt indessen ein Transigent im Widerspruch mit dem von ihm geschlossenen Vergleich dennoch eine Klage aus dem durch denselben aufgehobenen Anspruch, so kann der Beklagte sich nicht blos durch die exc. transact. dagegen schützen, sondern es steht ihm auch, falls er aus dem Vergleich schon eine Gegenleistung entrichtet hat, die Wahl zwischen der Einrede des Vergleichs oder der Zurückforderung seiner Leistung frei; l. 23. §. 3. D. 12. 6. — l. 14. C. 2. 4., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 523. S. 378. Wenn in einem Vergleich auf dessen gerichtliche oder außergerichtliche Anfechtung eine Conventionalstrafe gesetzt ist, so kann wohl nur nach der besonderen Beschaffenheit des Falles beurtheilt werden, ob diese schon durch Nichterfüllung oder durch Contravention in irgend einem Punkte verwirkt werde. Goetz Entscheid. der jurid. Facultät zu Altdorf no. X. S. 117. hält die Conventionalstrafe nur durch wirkliche Bestreitung der Giltigkeit des Vergleichs für verwirkt.

Zu 10) Unstreitig hat zwar der Vergleich die große Wirkung der Unabänderlichkeit mit der res judicata gemein; ob aber auch die Wirkung der Vollstreckbarkeit, wie Puchta Pand. §. 294. und Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. I. S. 231. u. Bd. VII. S. 410. annehmen, indem sie ihn der res judicata vollkommen gleichstellen, ist zu bezweifeln, soweit nicht einzelne Prozeßordnungen diese Wirkung wenigstens mit gerichtlichen Vergleichen verbinden. Auf gemeinrechtlichem Boden läßt sich aus den dafür angeführten Gesetzen, l. 20. l. 25. l. 28. C. 2. 4., weiter nichts als die Wirkung der Unabänderlichkeit beweisen, welche ihm immer noch durch Enthebung von mehreren Einreden, welchen Verträge ausgesetzt sind, einen bedeutenden Vorzug

vor diesen gewährt; Schweppe a. a. O. Bd. III. S. 380. §. 523., Glück Thl. V. §. 351. S. 39., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 248., Risch a. a. O. S. 180.

Zu 11) Diese Frage ist besonders deswegen wichtig, weil nur dann, wenn der Vergleich keine Novation in sich begreift, die zuvor bestellten Bürgen*) und Pfänder fortwährend haften. Die Meinungen der Rechtsgelehrten darüber sind getheilt. Höpfner Instit. §. 989. behauptet, wie früher Averan. in interpret. jur. Lib. III. c. 8. no. 6—16., im Vergleich liege eine Novation. Das Gegentheil vertheidigt Donell ad l. 4. C. 2. 4., Gundling D. de transact. stabilit. §. 33. in exerc. acad. T. I. no. 8. §. 33.—36. Uebereinstimmend hiermit ist Schweppe a. a. O. Bd. III. §. 523. S. 379., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 249. (§. 197.) und wohl mit Recht, da der animus novandi nicht zu vermuthen ist; l. ult. C. 8. 42., Stryck Us. mod. Pand. Lib. II tit. 15. §. 4., Lyncker Comm. ad Pand. pag. 422., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 383. II. 3., [Risch a. a. O. S. 179. Anm. u. übereinstimmend mit diesem Heimbach im Rechtslex. XII. S. 257. Anm.]

Zu 12) Irrthum über das Recht oder Unrecht bei einem verglichenen Proceß ist natürlich ohne Wirkung, selbst wenn sich später Urkunden vorfanden, welche die Sache in ein ganz anderes Licht setzen, und sogar ausweisen, daß der andere Transigent gar kein Recht hatte; l. 6. C. 1. 18. — l. 19. C. 2. 4. — l. 78. §. 16. D. 36. 1. — l. 65. §. 1. D. 12. 6. Wenn aber dasjenige, was beide Theile als gewiß vorausgesetzt und als Grundlage ihres Vergleichs angenommen hatten, sich als irrig hervorthut, so wird der Vergleich allerdings hinfällig; Goetz Comm. de errore in transact. rite aestimando, Glück Thl. V. §. 351., Puchta Pand. §. 294. Consequent muß man auch zugestehen, daß, wenn dem Vergleich falsche Urkunden zum Grund gelegt waren, der Vergleich in Folge der später entdeckten ächten Urkunden entkräftet werden könne; l. 42. C. 2. 4. Neu aufgefundene Urkunden können endlich auch eine ganz neue causa obligationis enthalten, welcher ein geschlossener Vergleich nicht entgegenwirken kann; l. 3. §. 1. l. 12. D. 2. 15. Unerheblich ist eine neu aufgefundene Urkunde nur dann, wenn sie lediglich ein Beweismittel für die verglichene Klage ist, welche nicht wieder aufleben kann; Koch a. a. O. §. 384. List und Gefährde, wodurch eine in facto ganz unzweifelhafte

*) Daß ein Vergleich mit dem Hauptschuldner auch dem Bürgen zu Statten komme, lehrt deutlich l. 68. §. ult. D. 46. 1. — l. 7. §. 1. D. 2. 15.

Sache zur zweifelhaften entstellt wird, berechtigen zur Anfechtung des durch falsches Vorgeben betrügerisch abgelockten Vergleichs; Albrecht Entscheid. merkw. Rechtsfälle Bd. I. S. 249. Ist der Irrthum aus einem Rechnungsfehler entsprungen, so ist mit Recht Abhilfe zu fordern; v. Ende vermischte jurist. Abhandl. Th. I. no. 1.

[Eine von der Götz'schen Theorie abweichende stellt Risch a. a. O. S. 215.—223. auf: er geht von der Unterscheidung des unächten (d. h. den Willen oder die Willensübereinstimmung hindernden) und des ächten (d. h. nur einen Mangel im Motive des wirklich vorhandenen Willens begründenden) Irrthums aus und nimmt an, daß nur der unächte Irrthum dem Zustandekommen des Vergleichs von Anfang an im Wege stehe, dagegen soweit der übereinstimmende Vergleichswille reiche und darum überhaupt eine transactio zustandegekommen sey, der bona fide eingegangene Vergleich aus dem Grunde irrthümlicher Voraussetzungen bei Eingehung desselben ebensowenig, ja noch weit weniger angefochten werden könne, als eine res judicata aus dem Grunde eines bei Erlassung des Erkenntnisses bestandenen, später aber an den Tag gekommenen Irrthums. Diesen Satz findet Risch namentlich in l. 19. C. 2. 4. ausgedrückt, wo gesagt ist: wenn Jemand, weil er an der Beweisbarkeit seines Rechts (Klage, Einrede) zweifelt, sich zu einem Vergleiche versteht, so kann er, im Falle er später solche Beweismittel, wie er sie irrthümlich nicht für vorhanden geglaubt hatte, entdeckt, den vom Gegner bona fide eingegangenen Vergleich nun nicht aus dem Grunde der instrumenta postea reperta (d. h. seines ihn zur Eingehung des Vergleichs bestimmt habenden Irrthums über die Beweisbarkeit des von ihm prätendirten Rechts) anfechten, — sowie in l. 23. C. eod., wo gesagt ist: wenn Jemand als Erbe von den Gläubigern des Erblassers belangt wird und mit diesen hinsichtlich jener Ansprüche sich vergleicht; und wenn nun nach geschlossenem Vergleiche an den Tag kommt, daß er gar nicht Erbe sey, folglich auch gar nie etwas als solcher geschuldet habe, so kann er gleichwohl das aus dem Vergleich Gezahlte nicht als indebitum zurückfordern, noch die Zahlung des Vergleichs halber Versprochenen als eines indebitum promissum verweigern. Als einzige Ausnahme erkennt Risch den in l. 42. C. 2. 4. vorkommenden Fall an, welcher auch bei dem Typus der modi litis finiendae, dem Judicat selbst, als Ausnahme wiederkehre (Cod. 7. 58.) Der Grund dieser Ausnahme sey ein rechtspolitischer: es liege im Interesse des Rechtsverkehrs, Mittel zu bieten, um allen Nachtheilen, welche für Jemand aus Urkundenfälschung (eines Dritten) entstehen möchten, zu begegnen; welcher Bestimmung nur die

natürliche Modification beigefügt ist, daß die Anfechtung dann unstatthaft ist, wenn die Frage der Aechtheit oder Unächtheit selbst unter den Parteien vergleichmäßig beigelegt worden wäre. Heimbach im Rechtslex. XII. S. 249.—251. u. S. 274.—279. tritt diesen Ausführungen bei.]

Zu 13) Es ist auffallend, wieviel Mühe sich die Rechtsgelehrten*) gaben, um für die qu. oder exc. laesionis enormis auch beim Vergleich Boden zu gewinnen. Da sie bei Verträgen überhaupt gilt, meinte man, so müsse sie auch bei Vergleichen Platz greifen, da sie doch eine Art von Verträgen sind. Mit diesem eben nicht schulgerechten Schluß — denn es gilt ja auch sonst nicht Alles, was von Verträgen gilt, auch von Vergleichen — konnte man nun freilich gar nicht fortkommen, denn die l. 78. §. ult. D. 36. 1. hatte ja sogar einer laesio usque ad quadruplum keine Wirksamkeit gegen einen Vergleich zugestanden. Man mußte daher — wie man ja schon mehrmals diesem Rechtsmittel die Ehre widerfahren ließ — auf andere Weise künsteln, um eine vorgefaßte Meinung zu retten. So verfiel man auf eine willkürliche Abstufung der laesio in enormis und enormissima, welche aller gesetzlichen Grundlage entbehrte, dann auf einen selbstgeschaffenen Unterschied**) zwischen gerichtlichen und außergerichtlichen Vergleichen, um dem beliebten Rechtsmittel wenigstens die letzteren unbedenklicher unterwerfen zu können.

Darüber konnte man zwar unmöglich hinauskommen, daß die Ungewißheit des Gegenstandes, über welchen man sich vergleicht, die Klage über enorme Verletzung nothwendig ausschließt, weil diese ja einen gewissen Werth voraussetzt. Indessen glaubten mehrere angesehene Rechtsgelehrte, Cocceji an der Spitze, doch auf dem Boden der Ungewißheit noch etwas Gewisses auslesen zu können, was dann auch der Querel Raum geben müßte,***) gerade so, wie auch der Irrthum einem Vergleich zwar dann nichts an seiner Kraft und Gil=

*) Die Literatur über diese Controverse s. Glück Thl. V. S. 89.

**) Der Sächsische Gerichtsbrauch hat diese Distinction angenommen, obgleich die einschlagende Constitution eigentlich ohne Unterschied gegen Vergleiche die exc. laes. enorm. gleichsam ex capite doli gelten zu lassen scheint; Schwartze und Heyne Unters. prakt. wichtiger Materien S. 313., vergl. Kind Qu. for. T. III. cap. 98. pag. 424., v. Hartitzsch Entscheid. no. 421., Gottschalk in Martin Jahrb. der Gesetzgebung u. Rechtspflege in Sachsen. Jahrg. 1830. H. 1. S. 73.

***) Transactio quidem initur de jure dubio, sed res petita tamen potest esse certa; Cocceji J. C. Lib. II. tit. 15. qu. 17.

tigkeit benehmen kann, wenn er das Ungewisse betraf, wohl aber dann, wenn er dasjenige betraf, was unter den Transigenten als gewiß vorausgesetzt war. Vorzüglich hat sich Thibaut Versuche Bd. II. Abh. XI. bemüht, solche Fälle zu construiren, in welchen sich der Satz des Cocceji bewähren könnte, und seiner Meinung folgten Schweppe in der neuesten von Meyer veranstalteten Ausg. Bd. III. §. 524. und v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 611. no. 2. Die Beispiele, in welchen sich der Satz abspiegeln soll, laufen auf einen Irrthum über den wahren Werth des zur Abfindung Gegebenen hinaus; da aber die Meinungen und Empfindungen von dem Werth der Dinge sehr verschieden sind, so geben sie für eine positive Voraussetzung, wie die in objecto, keinen gleich sicheren Anhaltspunkt. Wir wollen dasjenige Beispiel zur Hand nehmen, welches Thibaut für das einleuchtendste hält. A. besitzt ein Pferd, welches 70 Thlr. werth ist, B. macht Ansprüche auf dasselbe, und A. findet ihn damit ab, daß er ihm dagegen eine Uhr gibt, welche er zu 50 Thlrn. taxirt. Die Uhr ist aber, wie er nachher erfährt, 300 Thlr. werth.

Hier steht nun zwar der Gegenstand der Ungewißheit, nämlich die Frage, wem das Pferd gehöre, in keiner Verbindung mit dem Gegenstand, welchen der Andere für diese Ungewißheit vielleicht zu freigebig opferte, aber auf den Boden der Gewißheit, durch welchen eine Klage über laesio ultra dimidium allemal bedingt ist, kommt man darum doch nicht, denn wer vermag zu behaupten und zu entscheiden, daß A. dem Pferd nicht einen viel höheren Werth beigelegt, und daß es nicht wirklich vermöge besonderer Umstände für ihn einen viel höheren Werth gehabt habe? und auch davon abgesehen, wie will man dann die Meinung, A. könne den Vergleich deswegen anfechten, weil er später erfahren habe, daß seine Uhr viel mehr werth sey, mit dem unbestrittenen Grundsatz in Einklang bringen, daß ein Vergleich nicht einmal durch neu aufgefundene Urkunden umgestoßen werden könne, ohne Rücksicht darauf, ob damit eine Verletzung über oder unter der Hälfte begründet werden kann? wie endlich mit der ebenso zweifelsfreien Vorschrift der Gesetze, daß ein Vergleich ebenso unumstößlich ist, wie eine res judicata, welche doch offenbar nicht einer Beschwerde wegen Verletzung über die Hälfte unterliegt? Es scheint daher wohl nicht möglich, von der gewöhnlichen Meinung abzugehen, daß ein Vergleich wegen enormer Verletzung nicht angefochten werden könne; Puchta Pand. §. 294., v. Hartitzsch Entscheid. no. 421., Glück Thl. V. S. 89. und die vielen von ihm in Anm. 45. angeführten Schriftsteller; s. auch v. Rüling Entscheid. des O.-A.-Ger. zu Celle no. 99.

„eine Transaction kann nicht ob laesionem enormem, sondern nur ob dolum dantem causam contractui rescindirt werden." [Vergl. dazu Risch a. a. O. S. 234.—242., welcher gleichfalls gegen die Rescissibilität propter laes. enormem sich erklärt. Ihm folgt Heimbach a. a. O. S. 286.]

Zu 14) Bejahend entscheidet l. 14. D. 2. 15. Der Grund dieser Abweichung von dem Grundsatz, daß ein Vergleich nur die Transigenten, aber keinen Dritten binde, liegt darin, daß man außerdem den rechten Beklagten nicht wohl finden könnte, weil Niemand weiß, wer de jure der wirkliche Erbe ist; s. Glück a. a. O. S. 83.

Kapitel XXI.

Compromiß.*)

§. 317.

Dig. IV. 8. de receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant. Cod. II. 56. de receptis arbitris.

1) Wer kann, und worüber kann man giltig compromittiren?
2) Erstreckt sich das eingegangene Compromiß auf die Erben?
3) Welchen Personen ist die rechtliche Fähigkeit zum Schiedsrichteramt beigelegt? Kann es auch dem ordentlichen Richter der Sache übertragen werden?
4) Kann der erwählte Schiedsrichter zur Ausübung seines Amts gezwungen werden?
5) Wie ist zu verfahren, wenn Mehrere zu Schiedsrichtern erwählt worden sind?

---

*) Man muß sich in dieser Materie vorsehen, das ältere Recht (Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 650., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 386., Glück Thl. VI. §. 475 ff.) nicht mehr mit dem neueren Recht zu vermengen. Nach letzterem bedarf es zur Eingehung eines compromissi in arbitrum weder des Eides noch der Feststellung einer Conventionalstrafe, sondern es genügt die einfache Einwilligung der Parteien; Schwartze und Heyne Unters. prakt. wichtiger Materien ꝛc. S. 309. Uebrigens ist durch die Vermischung des ältesten, älteren und neueren Rechts noch manche unerwünschte Verwirrung in dieser Materie zurück geblieben.

6) Erstreckt sich das Amt des Schiedsrichters auch auf eine Widerklage? Kann er auch adcitiren?
7) Was ist die Folge, wenn eine der Parteien in dem zur Publication des schiedsrichterlichen Ausspruches angesetzten Termine ausgeblieben ist?
8) Findet gegen den schiedsrichterlichen Ausspruch [arbitrium, laudum] eine Appellation oder auch irgend ein anderes Rechtsmittel statt?
9) Unter welchen Umständen erlischt ein Compromiß?

Zu 1) Nur wer giltig transigiren kann, kann auch ein Compromiß eingehen. Frauenspersonen können nicht in einer fremden Angelegenheit compromittiren, weil darin eine Intercession liegen würde; l. 32. §. 2. D. 4. 8., Schilling Lehrb. Bd. III. S. 734. Anm. b. — Pupillen können nicht ohne Autorität ihres Vormundes compromittiren, l. 32. §. 8. l. 35. D. 4. 8., Minderjährige aber gegen ein eingegangenes Compromiß in integrum restituirt werden; l. 34. §. 1. D. 4. 4. So können auch unter Andern Prälaten über Stiftsgüter nicht ohne Consens des Capitels, cap. 1. X. de his, quae fiunt a praelato sine consensu capituli (3. 10.) compromittiren, und Vasallen (welchen zwar hie und da, aber ohne hinlänglichen Grund, die Befugniß zu compromittiren gänzlich abgesprochen wird, Kopp Proben des deutsch. Lehenr. Th. I. S. 83.) nicht ohne Consens des Lehnsherrn und der Lehnsfolger, wenn der Streit in deren Rechte einschlägt, II. F. 15. 34. 46., Glück Thl. VI. §. 479.

Dasselbe gilt auch in Ansehung der Gegenstände, indem das, was der Privatdisposition entzogen ist, auch nicht Gegenstand eines Compromisses seyn kann, z. B. nicht Ehesachen, insofern es auf eine Ehescheidung ankommt, cap. penult. X. de in integr. restit., Boehmer J. E. P. Lib. I. tit. 43. §. 10., oder Gegenstände, welche in das öffentliche Recht einschlagen, insbesondere Sachen, welche den Zustand einer Person betreffen, l. 32. §. 7. D. 4. 8., oder Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, insofern hauptsächlich über die Aufhebung eines rechtsgiltigen Geschäfts gestritten wird; l. ult. C. 2. 47., Voet Comm. ad Pand. Lib. IV. tit. 8. §. 10.

Zu 2) Die Erben können nur dann durch den schiedsrichterlichen Ausspruch verbunden werden, wenn ihr Erblasser die Publication desselben noch erlebt hat, l. 37. D. 4. 8.; außerdem müßte das Com=

promiß ausdrücklich auf die Erben mit gerichtet gewesen seyn, um sie verpflichten zu können; l. 27. §. 1. l. 32. §. 3. u. 19. D. 4. 8. — cap. fin. X. 1. 43. Diesfalls geht es aber auch nicht an, zu stipuliren, daß das Compromiß nach dem Tode des einen der streitenden Theile fortbestehen soll, nach dem Tode des andern aber nicht; l. 49. §. 2. D. 4. 8.

Zu 3) Die Fähigkeit zum Schiedsrichteramt hängt nicht von der Fähigkeit zum Richteramt, sondern nur von allgemeiner natürlicher Tüchtigkeit ab. Nicht einmal Unbescholtenheit des Rufs ist ein nothwendiges Erforderniß dazu; l. 7. pr. D. 4. 8. In Ansehung des Alters wird in der Regel das 20jährige erfordert, doch genügt das 18jährige alsdann, wenn beide Theile wußten, daß der von ihnen Gewählte nicht älter sey, oder wenn er, ehe es darüber zum Streit kam, 20 Jahre alt wird; l. 41. D. 4. 8. cf. l. 57. D. 42. 1.*) Der noch minorenne Gewählte kann sich übrigens gegen die ihn getroffene Wahl restituiren lassen. Verwandtschaft mit einem der Compromittenten schadet der Ernennung zum arbiter nicht; l. 6. D. 4. 8. Frauenspersonen können nach cap. 4. X. de arbitris (1. 43.) gewählt werden, wenn sie eine ordentliche Gerichtsbarkeit haben.

Daß auf irgend eine Richteramtsperson compromittirt, ja daß selbst der ordentliche Richter der Sache zum arbiter gewählt werden könne, wird zwar nach dem canonischen Recht, cap. 5. 7. 10. X. de arbitris (1. 43.) und cap. 21. X. de praebendis (3. 5.), und nach dem Gerichtsbrauch behauptet, Glück Thl. VI. S. 70., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 253., Arndts Pand. §. 270. Anm. 2., ist aber aus den angeführten Gesetzstellen nicht bestimmt genug zu entnehmen. Das feinere Gefühl der Römer hatte dagegen entschieden, l. 9. §. 2. D. 4. 8., denn die entgegengesetzte Meinung führt zu auffallenden Inconvenienzen. Wird irgend eine beliebige Richteramtsperson gewählt, so ist den Parteien damit im Gewand eines Compromisses eine ganz willkürliche gemeinschaftliche Recusation des ordentlichen Richters eingeräumt, während sie doch nach den Gesetzen nur durch bestimmte und erwiesene Ursachen bedingt ist; hier-

*) Daß in dem Falle wissentlich getroffener Wahl das 18jährige Alter genüge, leugnet Schilling Lehrb. Bd. III. S. 692. Anm. 66. aus dem Grund, weil die l. 57. cit. nur von ordentlichen Richtern spreche, allein der beigefügte Grund umfaßt überhaupt den Richter eigener Wahl: Si forte ex consensu judex minor datus sit scientibus his, qui in eum consentiebant, rectissime dicitur, valere sententiam.

nächst kömmt man aber auch mit der dem Compromiß wesentlichen gesetzlichen Vorschrift in Collision, daß der erwählte arbiter zur Ausübung seines Amts gezwungen werden kann, was doch nach unserer Richteramtsverfassung durchaus nicht angeht, l. 3. §. 3. l. 4. D. 4. 8. Wählen aber die Parteien den vom Staat schon ihnen zugeordneten Richter zum Schiedsrichter, so muß man es sehr unangemessen finden, daß sich dieser seines öffentlichen Amts entkleiden, die ihm vom Staate verliehene Autorität einer Privatautorität unterwerfen, seinen öffentlichen Charakter mit der Eigenschaft einer Privatperson vertauschen könne; v. Holzschuher der Rechtsweg S. 173. Dies ist auch von unsern Rechtsgelehrten anerkannt; sie gestehen nämlich zu, daß, wenn auf den ordentlichen Richter compromittirt wird, dies nur in Beziehung auf die Verfahrungsart, insbesondere zum Zweck abgekürzter Proceduren geschehen könne, ohne dadurch daran etwas abzuändern, daß sein Ausspruch als der des ordentlichen Richters gilt, und wirksam wird, Glück a. a. O. S. 71., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 388, Boehmer J. E. Pr. Lib. I. tit. 43. §. 4. Etwas Anderes sagt auch der Regensburger Reichsabschied v. J. 1594. §. 65. u. 66. nicht; s. Emminghaus Corp. jur. Germ. pag. 441.

Zu 4) Schon bemerktermaßen kann der erwählte Schiedsrichter — wenn er nicht eine höhere obrigkeitliche Person ist — [sofern er die Wahl angenommen hat: receptum arbitri] vom ordentlichen Richter selbst durch Strafen, wenn keine Excusationsgründe vorliegen, z. B. höheres Alter, Krankheit, Reisen, nöthige Amtsgeschäfte u. dgl. l. 3. §. 2. 3. l. 15. l. 16. l. 32. §. 12. D. 4. 8., gezwungen werden, seinen Ausspruch zu thun, Arndts Pand. §. 270. Anm. 2. Als giltige Excusationsgründe bezeichnen übrigens die Gesetze auch eine dem arbiter von den Parteien zugefügte Ehrenkränkung, l. 9. §. 4. D. 4. 8., oder eine zwischen ihm und ihnen ausgebrochene tödtliche Feindschaft, l. 15. cit., oder auch wenn die Parteien mit Hintansetzung seiner Person sich an einen andern Schiedsrichter gewendet haben, und hinterher wieder zu ihm zurückkehren; l. 9. §. 5. l. 10. l. 11. D. 4. 8. — Ist im Compromiß eine bestimmte Zeit für die Fällung des Ausspruches festgesetzt, so muß der arbiter diese, wenn ihm die Parteien nicht eine Verlängerung bewilligen, einhalten, und hält er sie nicht ein, so können die Parteien seinem Ausspruch ungestraft den Gehorsam versagen. Aber auch keiner der Compromittirenden kann einseitig vom Compromiß zurücktreten, doch hat dies nur die Verwirkung der Conventionalstrafe zur Folge, wenn das Compromiß nur in dieser Art eingegangen ist.

Zu 5) Wenn mehrere Schiedsrichter a) conjunctim gewählt sind, so wird angenommen, daß sie collegialisch zu verfahren haben, so daß, wenn Einer ausfällt, das ganze Compromiß erlischt; l. 7. §. 1. l. 18. D. 4. 8. — c. 42. X. de offic. jud. deleg. (1. 29.) Nach dem canonischen Recht soll zwar, wenn einer der Schiedsrichter sich ohne Grund der Theilnahme entzieht, die Entscheidung der übrigen gelten, c. 2. de arbitris in VIto. (1. 22.), Boehmer J. E. P. Lib. I. tit. 43. §. 5., aber der deutsche Gerichtsbrauch folgt mit gutem Grund dem römischen Recht, Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 746., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 654. Anm. n., Glück Thl. VI. S. 80. und die in nota 92. cit. Schriftsteller. Stimmenmehrheit entscheidet. Weichen sämmtliche Stimmen von einander ab, so hindert dies den Ausspruch nicht, wenn die Verschiedenheit nicht die Hauptsache, sondern nur die Quantität oder die Summe der Leistung betrifft, denn dann läßt man die geringste Summe gelten, weil für diese doch auch die Anderen gestimmt haben;*) l. 27. §. 3. D. 4. 8. — cap. 1. de arbitris in VIto. (1. 22.) Bei Stimmengleichheit für verschiedene Entscheidungen der Hauptsache kann sowohl von den Parteien, als von den dissentirenden Schiedsrichtern ein Obmann (superarbiter) gewählt werden, l. 17. §. 5. D. 4. 8., dessen Ausspruch nun gilt, wenn er auch von den beiden ersten Meinungen abweicht; l. 17. §. 6. l. 19. pr. D. 4. 8., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 526. S. 389., Boehmer de superarbitris cap. I. §. 16., Arndts Pand. §. 270. Da aber auch bei dieser Wahl die Stimmen wieder keine Mehrheit bilden könnten, so bestimmt l. 17. §. 5. cit., daß ein solches Compromiß ungiltig sey, wenn zweien die Entscheidung mit dem Auftrag, im Fall ihres dissensus einen superarbiter zu wählen, ohne ihn jedoch zu nennen, übertragen wird. b) Die mehreren Schiedsrichter können aber auch alternativ berufen seyn, so daß der Ausspruch des Einen oder des Andern gelten soll, dann kann jeder von ihnen in Abwesenheit des Andern die Entscheidung fällen; l. 8. l. 32. §. 13. D. 4. 8.

Zu 6) Das schiedsrichterliche Amt erstreckt sich zwar nächst der Hauptsache**) auch auf die daran sich knüpfenden Accessionen und

---

*) Cocceji J. C. Lib. IV. tit. 8. qu. 4. will zwar der mittleren Summe den Vorzug geben, allein das Gesetz bestimmt nun einmal anders, s. dagegen Voet Comm. ad Pand. Lib. IV. tit. 8. §. 19. Man nimmt auch die Analogie der l. 1. §. 4. D. 45. 1. zu Hilfe, cum enim majori summae minor insit, omnes in summam minorem convenire intelliguntur.

**) Bei seiner Entscheidung ist der Schiedsrichter an diejenigen Rechte gebunden, welche von dem competenten Richter hätten zur Norm genommen werden

Einreden, c. 21. §. 3. X. de offic. jud. deleg. (1. 29.), aber nicht auf eine Widerklage, c. 6. X. de arbitris (1. 43.), und ebensowenig auf Abcitation; Schweppe a. a. O. S. 387.

Zu 7) Der Schiedsrichter kann auch den Ungehorsam der Parteien strafen; l. 39. pr. D. 4. 8.; übrigens wird, wenn durch Ausbleiben eines Theils die Fällung des Ausspruchs verhindert wird, die Conventionalstrafe verwirkt, l. 21. §. 8. u. 12. l. 22. l. 23. pr. l. 29. D. 4. 8. — l. 2. C. 2. 56., und wenn eine solche nicht festgesetzt worden ist, so wurde aus einem allerseits beschworenen Compromiß die Vollziehung begründet, l. 4. C. 2. 56., aus einem einfachen Versprechen aber dem Andern die actio incerti auf das Interesse gegeben; l. 27. §. 7. D. 4. 8. In Deutschland, wo jede Vereinbarung völlig verbindlich ist, müssen diejenigen Grundsätze gelten, welche die Römer bei der einfachen Stipulation aufstellen, das Compromiß muß also immer klagbar seyn; Boehmer J. E. P. Lib. I. tit. 43. §. 14., Schweppe a. a. O. §. 528., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 4026., Höpfner Beiträge Bd. II. S. 49. Geständnisse, welche im schiedsrichterlichen Verfahren abgegeben wurden, können unstreitig auch bei dem ordentlichen Richter geltend gemacht werden, l. 5. pr. C. 2. 56., was aber bei uns nicht nöthig seyn wird, denn man kann selbst die Vollziehung des schiedsrichterlichen Ausspruches durch eine einfache Imploration bewirken, und es wird h. z. T. nicht mehr, wie nach l. 5. §. 2. cit., die Wirkung eines schiedsrichterlichen Ausspruches erst davon abhängig gemacht, daß ihn die Parteien [s. g. laudum homologatum] unterschrieben oder durch 10tägiges Stillschweigen bestätigt haben; Hofacker l. c. T. III. §. 4028., Glück Thl. VI. S. 101., Ludovici D. de obligatione et effectu laudi. Hal. 1711.

Zu 8) Die gewöhnliche Annahme, daß gegen ein laudum keine Appellation stattfinde, hängt mit der verkrüppelten Gestalt zusammen, welche das Compromiß bei den Römern hatte, indem da der Sieger gewöhnlich nichts als die Conventionalpön erlangen konnte, ein schiedsrichterlicher Ausspruch nicht executorisch war, ja nicht einmal eine actio judicati darauf gegründet werden konnte, und auch noch nach Justinians Verordnung in l. 5. C. 2. 56. der schiedsrichterliche Spruch in den meisten Fällen nur durch die ausdrückliche oder stillschweigende Billigung der Parteien Wirksamkeit erlangen konnte. Natürlich konnte

---

müssen, wenn die Sache an ihn zum Spruch gelangt wäre, jedoch steht den Parteien frei, sich auch über andere Rechtsnormen, welche der Schiedsrichter beobachten solle, zu vereinigen; Schweppe a. a. O. §. 525. S. 386.

da auch von einer Appellation nicht die Rede seyn; l. 1. C. 2. 56. Da man aber h. z. T. dem schiedsrichterlichen Ausspruch die Vollziehbarkeit durch die Gerichte auf einfaches Anrufen eingeräumt hat, so mangelt es, wie auch die französische Gesetzgebung eingesehen hat, an einem hinlänglichen Grund, die Berufung an eine höhere Instanz gegen ein gravirliches laudum auszuschließen. Da der Schiedsrichter den ordentlichen Richter blos surrogiren soll, so sollte keine höhere Machtübertragung an ihn präsumirt werden, als der ordentliche Richter gehabt hätte, und die durch die menschliche Unvollkommenheit gebotene Nothwendigkeit, Urtheile, welche ein unabänderliches Recht erzeugen sollen, noch einem Richter höhere Ordnung unterworfen seyn zu lassen, hier ebensowenig verkannt werden. Selbst die l. 32. §. 14. D. 4. 8. statuirt gewissermaßen eine Art der Appellation mittels der exc. doli. Kein Wunder also, daß die Praxis das Princip der Inappellabilität nach und nach ziemlich durchlöchert hat. Man pflegt Rechtsmittel zuzulassen, wenn nur ein einfaches Compromiß eingegangen ist, und sie nur dann auszuschließen, wenn sich die Compromittenten durch eine besondere Clausel die Befolgung des Ausspruchs hatten versichern lassen; Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 387. S. 1134. d. 2. Ausg. Andere behaupten die Zulässigkeit ohne diesen Unterschied, Thibaut System §. 590., Schilter Prax. jur. Rom. Ex. XII. §. 7., Voet Comm. ad Pand. Lib. IV. tit. 8. §. 25., J. H. Boehmer J. E. P. Lib. I. tit. 43. §. 15., G. L. Boehmer Princ. jur. canon. §. 856. Wieder Andere erfordern eine laesio enormissima, oder einen offenbaren Irrthum, oder eine manifesta et evidens iniquitas, cap. 2. X. de arbitris (1. 43.), l. 79. D. 17. 2., Reichsabschied v. J. 1594. §. 66., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 4028., Stryck Us. mod. Pand. Lib. IV. tit. 8. §. 10., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 256., Richter Aufsätze über verschied. Rechtsfragen S. 136. Vergl. Arndts Pand §. 270. Anm. 3. Diese Verschiedenheit der Meinungen macht es demnach für die Compromittenten räthlich, darüber im Compromiß bestimmte Fürsehung zu treffen. Nichtigkeitsfälle,*) — dergleichen Glück Thl. VI. S. 98. vollständig aufzählt — begründen übrigens unstreitig exc. doli gegen die Klage auf Vollziehung des schiedsrichterlichen Ausspruches, und Restitution gegen dasselbe würde bei dem ordentlichen Richter erster

*) Vgl. v. Hohnhorst Jahrbücher des Oberhofgerichts zu Mannheim Bd. V. S. 206. über die Frage: wenn im Compromiß allem weiteren Rechtszug entsagt ist, wird dadurch auch die Nichtigkeitsklage ausgeschlossen? — Böhmer Rechtsfälle Bd. I. S. 160, de remediis contra laudum ex compromisso jurato, si forma compromissi non servata.

Instanz dann impetrirt werden können, wenn eine dolo adversarii unterdrückte Urkunde in der Folge entdeckt, oder die Falschheit einer zum Grund gelegten Urkunde später an das Licht gebracht würde. Eine declaratio sententiae kann nicht, wie Schilter Prax. jur. Rom. Ex. XII. §. 9. irrig dafür hält, Platz greifen, weil mit Fällung der Entscheidung das Amt des Schiedsrichters aufhört; l. 20. D. 4. 8. — Recusation des Schiedsrichters muß wohl dann für zulässig angesehen werden, wenn nach Uebertragung des Schiedsrichteramts ein Umstand eintritt, welcher hinreichen würde, die Person, wenn sie ordentlicher Richter wäre, zu recusiren; vgl. Code de procedure Art. 1014.

[Dagegen ist der Schiedsrichter nicht befugt, über die Einrede der Ungiltigkeit des Compromisses zu entscheiden; das ist Sache des ordentlichen Richters; so erkannten die obersten Gerichtshöfe zu Berlin und zu München; Seuffert's Archiv XII. No. 81.]

Zu 9) Das Compromiß erlischt: a) Durch den Tod des Schiedsrichters (wenn nicht mehrere alternativ bestellt sind), oder einer der Parteien, wenn deren Tod vor der Ertheilung des schiedsrichterlichen Ausspruches erfolgt, und das Compromiß nicht ausdrücklich auf die Erben erstreckt war. Stirbt nur Einer von mehreren Streitgenossen, so kann deren Compromiß bestehen, wenn es eine untheilbare Sache betrifft; ist aber der Gegenstand theilbar, so dauert es nur für die Ueberlebenden fort, l. 25. §. 9. D. 10. 2. — l. 29. pr. D. 45. 1. — l. 3. C. 3. 37. — Lauterbach D. de arbitris commissariis §. 43. — b) Durch den Ablauf der im Compromiß zur Entscheidung festgesetzten Zeit, arg. l. 3. §. 1. l. 21. §. 5. D. 4. 8. — c) Durch Vergleich, l. 32. §. 5. D. 4. 8. — d) Durch Einwilligung beider Theile, l. 9. §. ult. l. 11. pr. l. 32. §. 3. D. 4. 8. — e) Durch den Concurs eines der Compromittenten, l. 17. pr. D. 4. 8. — f) Durch den Untergang der Sache, welche den Gegenstand des Compromisses ausgemacht hat; l. 32. §. 5. D. 4. 8., Glück Thl. VI. §. 484. — g) Durch mangelnde Fürsorge für den Fall der Stimmengleichheit, s. oben zur Fr. 5.; vgl. die zur Fr. 4. bemerkten Fälle der Enthebung des Compromißrichters von dem übernommenen Amt. Arndts Pand. §. 270. Anm. 4.

Kapitel XXII.

Vertrag über Ableistung eines außergerichtlichen Eides.

§. 318.

Inst. IV. 6. §. 11. de actionibus. IV. 13. §. 4. de exceptionibus Dig. XII. 2. de jurejur. sive voluntario sive necessario sive judiciali. Cod. IV. 1. de rebus credit. et jurejurando.

Im römischen Recht kommt die Ausstellung eines streitigen Rechtsverhältnisses auf den Eid des Andern nicht nur im Proceß, sondern auch außergerichtlich vor, nur mit dem Unterschied, daß der Andere den Eid nicht anzunehmen brauchte, wenn er nicht wollte, weshalb er juramentum voluntarium genannt wurde. Nahm ihn aber der Andere an, so war dadurch nach Art einer Novation eine Obligation begründet, l. 26. §. 2. D. 12. 2., und das Beschworene galt für Wahrheit, wie eine res judicata,*) ebenso, wenn der Deferent hinterher den bereits angenommenen Eid erließ; l. 8. C. 4. 1.

Nach neuerem Recht wirkt der Eid der Form nach nur als Beweismittel und findet im Proceß seine Stelle.

Eine Frage kann in dem Fall erwachsen, wenn demjenigen, welcher einen nothwendigen Eid zu schwören hatte, durch eine inzwischen eingetretene Eidesunfähigkeit die Ableistung unmöglich gemacht worden ist. Z. B. die Klägerin wurde in erster Instanz zum Erfüllungseid, dagegen in zweiter Instanz der Beklagte zum Reinigungseid zugelassen, aber noch vor der Ableistung verfiel er in Eidesunfähigkeit. Was ist die Folge? Ohne Zweifel diese, daß die Klägerin der Nachtheil trifft, der durch zufälligen Verlust ihres einzig übrig gebliebenen Beweismittels ihr erwächst; vgl. Seuffert's Archiv Bd. VII. no. 128., Schmid Handb. d. Civilproc. Bd. II. §. 160.

---

*) Eine Ausnahme jedoch macht l. ult. C. 4. 1. — im Fall eines Meineids. Auch kann von einem insolventen Schuldner zum Nachtheil seiner Gläubiger ein Eid mit rechtlichem Erfolg weder angetragen, noch geleistet werden; l. 9. §. 5. D. 12. 2.

B. Von einzelnen Obligationen, welche unmittelbar aus gesetzlicher Bestimmung hervorgehen.

Kapitel XXIII.

Operis novi nunciatio.

§. 319.

Dig. XXXIX. 1. de operis novi nunc. XLIII. 25. de remissionibus. Cod. VIII. 11. de novi operis nunc.

1) Worin besteht der Zweck und die Wirkung der Nunciation?
2) Wem steht sie zu? und
3) Unter welchen Voraussetzungen?
4) Auf welche Weise hat sie zu geschehen?
5) Wodurch wird ihre Wirkung aufgehoben?

Zu 1) Die nunciatio novi operis bezweckt die Aufrechthaltung de Status quo gegen ein begonnenes neues Werk, von welchem der Nunciant Schaden für sein praedium befürchtet, oder sein Recht verletzt erachtet, aut juris conservandi causa, aut damni depellendi, l. 1. §. 16. D. 39. 1., das behauptete Recht mag auf einer causa publica (z. B. auf Baugesetzen), l. 1. §. 17. l. 5. §. 9. D. 39. 1., oder auf Privatdispositionen, z. B. Servitutrechten, beruhen. Die bloße Nunciation bewirkt demnach für den Nunciaten, ohne alle Rücksicht auf künftig erst zu ermittelndes Recht oder Unrecht, die Verbindlichkeit, mit seinem sogar auf eigenem Grund und Boden*) angefangenen novum opus

*) Würde er nicht auf seinem, sondern auf meinem Eigenthum etwas unternehmen, so würde ich mit mehr Vortheil der possessorischen Interdicte quod vi aut clam oder uti possidetis nach l. 5. §. 10. D. 39. 1. bedienen, um dann in petitorio die vortheilhaftere Rolle des Beklagten zu erlangen. Denn nunciire ich, so kann man zwar nicht, wie die meisten älteren Rechtsgelehrten, sagen, ich mache den Gegner zum Besitzer, denn der Ausdruck: operis novi nunciatione possessorem adversarium facimus in l. 1. §. 6. D. 39. 1. gebraucht nur das Wort possessor für Beklagten, v. Savigny Recht d. Besitzes Abschn. I. §. 8., Hasse im Rhein. Museum Bd. III. S. 613., aber jedenfalls mache ich mich zum Kläger, indem es auch in Praxi gar nicht anders angenommen ist, als daß der Nunciant die Rechtmäßigkeit seiner Nunciation sofort entweder durch eine Confessorien- oder Negatorienklage darthun muß; v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 676.

so lange inne zu halten, bis über das Recht des Nuncianten zur Prohibition in Folge der auf die Nunciation vom Nuncianten anhängig zu machenden gerichtlichen Verhandlung entschieden seyn wird. Eine Ausnahme hiervon, und also auch eine Einrede wider die Nunciation, findet nur dann statt, wenn durch Unterbrechung des Werks die öffentliche Sicherheit leiden, oder gerade der Aufschub Gefahr herbeiführen würde, z. B. bei Dämmen, Cloaken, Wasserleitungen u. dgl., l. 5. §. 11—13. D. 39. 1. Außerdem muß der Nunciat, wenn er nicht inne hält, oder dafür, daß er, im Fall er im Streit Unrecht behalten würde, Alles in den vorigen Stand setzen wolle, Caution leistet, l. 8. §. 3. l. 20. §. 5. 9. D. 39. 1. — l. un. C. 8. 11., Alles, was er dem Verbot zuwider baute, demoliren.

Zu 2) Da das Recht der Nunciation streng genommen nicht gewissen Personen, sondern zu Gunsten des praedium oder der res gegeben ist, so steht dasselbe allen denjenigen zu, welche in solchem Nexus mit dem praedium stehen, daß sie zur Repräsentation desselben zugelassen werden können, Hasse im Rhein. Museum Bd. III. S. 581., mithin nicht blos dem Eigenthümer des gefährdeten praedium, sondern auch dem Emphyteuta und Superficiar; l. 3. §. 3. l. 5. §. 6. D. 39. 1.*) Auch dem Pfandgläubiger wird deswegen das Recht der Nunciation zugestanden, im Falle eine dem verpfändeten Gut zustehende Servitut durch das neue Werk verletzt wird; nam ei vindicatio servitutis datur, l. 9. D. 39. 1. — Der Usufructuar kann die Nunciation procuratorio nomine — natürlich also nur gegen einen Dritten — ausüben; l. 1. §. 20. l. 2. eod. cf. l. 5. §. 18. l. 7. §. 1. l. 13. pr. D. eod. — Dem Inhaber einer Realservitut wird sie von Mehreren nur wegen eines gefährdeten praedii urbani, worüber sich l. 2. l. 15. D. 39. 1. — l. 15. D. 8. 2. bestimmt ausdrückt, zugestanden, wegen einer serv. praedii rustici aber auf den Grund der l. 14. D. 39. 1. abgesprochen, und obgleich darin nur von der serv. viae die Rede ist, so glaubte man doch das darin Gesagte auf alle Rusticalservituten ausdehnen zu müssen; Puchta Pand. §. 396. Anm. c., Donell. Comm. jur. civ. Lib. XV. cap. 45., Duaren. Disp. annivers. Lib. II. cap. 17., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 463. Anm. 5., Reinhardt Erläut. d. Pand. Tit. de novi operis nunc. S. 19—23., Engelhardt de oper. novi nunc. pag. 14—17., Hasse

*) Betrifft es ein jus publicum tuendum, so konnte ehehin jeder Bürger nunciiren, l. 3. §. 4. l. 4. D. 39. 1.; h. z. T. aber fällt das interdict. ex causa publica in das Gebiet der Polizei.

im Rhein. Museum Bd. III. S. 592. §. 19., Zimmermann im civilist. Archiv Bd. XXXVII. S. 218, Sintenis pr. Civilr. Bd. II. §. 124. Anm. 59., Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. VII. S. 582., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 173. Anm. c., vergl. Wiederhold das interd. uti possidetis und die novi operis nunciatio pag. 87., welcher auch nur für negative Servituten die Befugniß zur Nunciation gelten läßt; v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 676. Allein l. un. §. 3. D. 43. 25. sagt indistinct: Jus habet novum opus nunciandi, qui aut dominium aut servitutem habet, und l. 1. §. 14. D. 39. 1. scheint deutlich genug auf die Zulässigkeit bei Rusticalservituten hinzudeuten, sive intra oppida sive extra oppida *in villis vel agris* opus novum fiat etc. Ebenso allgemein spricht auch l. 3. §. 3. l. 9. D. 39. 1.; vgl. l. 47. D. 10. 2. Dem scheint die von der Gegenseite angeführte l. 14. D. 39. 1. nicht absolut entgegenzustehen. Es heißt nämlich dort: Qui viam habet, si opus novum nunciaverit adversus eum, qui in via aedificat, nihil agit, sed servitutem vindicare non prohibetur. Denkt man sich nun unter der via eine Weggerechtigkeit, welcher ein gewisser fundus unterworfen ist, so ist eine nothwendige Collision zwischen dem Grundeigenthümer und dem Servitutberechtigten durchaus noch nicht indicirt. Man wird also nach der in Glück Thl. X. S. 59. Anm. 36. und S. 220. vertheidigten Meinung nur so viel zugestehen dürfen, daß servitutes rusticae häufig von der Art sind, daß ein auf dem dienstbaren Grund entstehendes novum opus sich nicht in geraden Gegensatz gegen die Servitut setzt, denn man kann ja z. B. der Wasserleitung oder dem Weg ohne allen Nachtheil des Servitutberechtigten eine Richtung geben, welche das Bauen auf dem fundus nicht ausschließt. Kann nun die Servitut und das novum opus neben einander bestehen, so folgt, daß ich zwar meine Servitut vindiciren, aber nicht schlechthin dem Grundeigenthümer das Bauen auf seinem Eigenthum durch die nunc. novi operis verwehren kann; cf. l. 2. §. 8. D. 11. 7. Wäre aber der unternommene Bau von der Art, daß er sich über das ganze dienstbare Grundstück verbreitete, oder auf irgend eine Weise die Servitut völlig aufheben würde, warum sollte mir da die Nunciation verweigert werden können? Gegen die absolute Ausschließung der Nunciation bei Rusticalservituten stimmen daher: Kaemmerer D. de operis novi nunciatione, Heidelb. 1807. §. 12., Voet Comm. ad Pand. Lib. VIII. tit. 4. §. 12., Claproth Einl. in sämmtl. summar. Processe §. 257., Cujac. Obs. Lib. I. cap. 17., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 341. (§. 276.), Hofacker Princ. jur. civ.

T. III. §. 4095. not. k., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 463. u. not. 3., Glück a. a. O. S. 220., Flach Entscheid. d. O.=A.=G. zu Wiesbaden Th. I. S. 8., Boehmer de actionib. pag. 352., Seuffert's Archiv Bd. V. no. 28a., Schäffer Archiv f. prakt. Rechtsgel. Bd. I. H. 1. S. 17. Anm. 10. — Ein Miteigenthümer kann nicht gegen andere Miteigenthümer nunciiren, sondern muß sich der act. communi dividundo bedienen, l. 3. §. 1. 2. D. 39. 1., denn da die nunciatio in rem und nicht in personam geschieht, so wäre sein Einspruch als ein zum Theil gegen sich selbst erhobener anzusehen; l. 5. §. 5. eod. Ein einzelner condominus kann nicht den fundus repräsentiren.

Das aus dem Interdict bereits erlangte Recht geht ohne Zweifel auch auf die Erben und Nachfolger des Nuncianten über, l. 20. §. 6. D. 39. 1., und nicht minder gegen des Nunciaten successor ex titulo universali und successor in rem; l. 1. §. 5. l. 8. §. 7. l. 10. l. 11. l. 20. §. 8. l. 23. D. 39. 1., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 178. Anm. e. Es ist daher auch der Käufer dem Interdict unterworfen, quia operis nunciatio non personae fit, et is demum obligatus est, qui eum locum possidet, in quem opus novum nunciatum est, l. 23. cit.*) Nach l. 22. ib. braucht jedoch der Erbe nur patientiam destruendi operis zu prästiren, Schäden und Kosten aber nur insoweit zu vergüten, als er bereichert ist; l. 20. §. 8. D. 39. 1., v. Vangerow a. a. O. §. 676. Ebenso würde wohl der Fall zu behandeln seyn, wenn zwischen dem Act der Nunciation und ihrer Verletzung eine Veräußerung liegt, und der successor die Verletzung nicht wissentlich vornahm; Hasse a. a. O. S. 601.

Zu 3) Das novum opus muß begonnen, aber darf noch nicht vollendet seyn; l. 1. §. 1. 8. l. 21. §. 3. D. 39. 1. Es muß aber auch ein mit dem Grund und Boden zusammenhängendes, also auf demselben eine Veränderung hervorbringendes Werk seyn. Daß es ein Gebäude sey, ist nicht nöthig, es kann auch ein Damm, Graben, Brunnen, Teich, Terrassenwerk u. dgl. seyn; Schweppe a. a. O. Bd. III. S. 463., Unterholzner a. a. O. S. 173., rechnet dahin auch das Ausroden eines Waldflecks oder eines Weidichts, terrae enim et quodammodo solo ipsi corrumpendo manus infert. arg. l. 7. §. 5. D. quod vi aut clam (43. 24.). Das Stützen eines schon vor=

---

*) Aus einer dolosen alienatio judicii mutandi causa kann übrigens auch der Verkäufer mit der actio in factum belangt werden; l. 3. §. 3. D. 4. 7., Hasse a. a. O. S. 603.

handenen Gebäudes aber gilt natürlich nicht als Neuerung; l. 1. §. 13. D. 39. 1.

Zu 4) Wenn das Eigenthum Mehrerer durch das novum opus mit Nachtheil bedroht wird, so kann zwar Jeder für sich Einspruch thun, aber den Uebrigen erwächst daraus kein Recht. Ist umgekehrt das novum opus auf einem Grundstück errichtet, welches sich im gemeinschaftlichen Eigenthum Mehrerer befindet, so ist die blos Einem der Miteigenthümer geschehene Nunciation dennoch gegen Alle wirksam. Doch kann, wenn nachher nur Einer von ihnen gegen die Nunciation fehlte, das Interdict nur gerade gegen diesen in solidum gebraucht werden, während die Uebrigen nur patientiam destruendi zu prästiren haben; l. 5. §. 5. l. 18. pr. D. 39. 1.

Die Nunciation ist eigentlich ein außergerichtlicher Act,*) l. 1. §. 2. D. 39. 1., welcher als solcher in re praesenti entweder dem Eigenthümer des opus novum, oder gegen Jemand, der sich im Namen des Bauherrn oder des Baues wegen zur Stelle befindet, geschehen mußte; l. 5. §. 3. D. 39. 1.**) Da aber das interd. demolitorium nur auf das ging, was nach der Nunciation geschah, so pflegte man Zeugen mitzunehmen und sich mit Maaßen zu versehen; l. 8. §. 1. 5. D. 39. 1. Wenn Einige meinen, daß die Nunciation h. z. T. nicht mehr in einem außergerichtlichen Act bestehen könne, wie Stryck Us. mod. Lib. XXXIX. tit. 1. §. 4., Leyser Sp. 426. med. 5., so ist dies dahin zu berichtigen, daß sie in dieser Art minder üblich ist, vielmehr gewöhnlich durch Extrahirung eines gerichtlichen Inhibitorii zu geschehen pflegt, W. H. Puchta über die gerichtl. Klagen §. 155., welchenfalls es auch räthlich seyn kann, dem durch Darlegung des Interesse zu motivirenden Inhibitionsgesuch einen den gegenwärtigen Zustand der Arbeiten darstellenden Riß beizulegen; Unterholzner a. a. O. S. 172. Hätte der Nunciant nicht mit dem Inhibitionsgesuch sogleich die Klage auf das Recht der Prohibition verbunden, wie es nun gewöhnlich ist, Puchta a. a. O., so würde ihn der Richter unter dem Präjudiz, daß außerdem die Temporal-Inhibition auf Anrufen des anderen Theils wieder aufgehoben werden würde, dazu anhalten müssen; v. Vangerow a. a. O. Insbesondere kommt hier die

*) [Ueber die Entwickelung desselben bei den Römern s. A. Schmidt in Linde's Zeitschr. N. F. I. S. 371 ff. und in Bekker's Jahrb. IV. S. 211 ff., Rudorff ebendas. S. 127 ff. und Hesse Ueb. d. Rechtsverhältn. zw. Grundstücksnachbarn II. S. 79 ff.]

**) Darauf, ob der Bauherr Kunde davon erhielt oder nicht, kam nichts an; l. 1. §. 5. l. 10. l. 11. D. h. t.

Vorschrift der l. un. C. 8. 11. und c. ult. X. 5. 32. in Betracht, daß, wenn die Sache nicht innerhalb 3 Monaten ausgetragen ist, der Bauende zur Vollendung des Baues befugt seyn soll, wenn er einen Bürgen gestellt haben wird, ut, si non recte aedificaverit, omne opus, quod post nunciationem fecerit, suis sumtibus destruat. Wenn der Richter die Nunciation verworfen, mithin die Inhibition abgeschlagen hat, so steht es zwar dem Nuncianten noch frei, mit der Appellation das Gesuch um ein Provisorium zu verbinden; dieses wird aber gewöhnlich nicht weiter gehen, als daß dem Nunciaten das Fortbauen nur gegen Caution de demoliendo opere bis zu dem nach l. 19. D. 39. 1. noch offen stehenden Austrag der Hauptsache gestattet wird; Mevii Dec. P. II. dec. 179., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XXXIX. tit. 1. §. 36., Kapff merkw. Civilrechtssprüche Bd. I. no. 53.

[Daß die O. N. N. nicht im vollen röm. Sinne recipirt sey, darüber sind Alle einig; Manche aber, z. B. Zimmermann im civilist. Archiv XXXVII. S. 226 ff. wollen doch die heutige Nuntiation noch immer als Ausfluß des R. R. betrachtet wissen. Ziemlich übereinstimmend dagegen lehnen Sintenis u. Hesse jene Herleitung gänzlich ab. Ersterer sagt im prakt. Civilr. II. §. 124. Anm. 59: „Ich nehme an, daß die römische O. N. N. in ihrer ursprünglichen oder analogen Form gar nicht mehr anwendbar ist, daß folglich auch die Wirkungen der in diese Form gebrachten Willenserklärung an sich nicht mehr möglich sind, daß also daraus keine besondere Obl. (interd. de opere restit. und Cautionsbestellung) entstehen kann, — daß dagegen in der Anwendung des R. R. in Deutschland der Zweck der O. N. N. fortwährend als nothwendig anerkannt und zu seiner Erreichung ein anderes Mittel (Antrag auf Inhibition bei Gericht) Geltung gewonnen hat, daß aber, um dasselbe gebrauchen zu können, dieselben Voraussetzungen, wie nach R. R. erforderlich sind, wogegen die Inhibition, wie nach R. R. durch cautio de restituendo im Fall des Unterliegens in der Hauptklage, abgewendet werden kann; daß jedoch die Wirkungen des neuen Mittels, wenn es richterliche Anerkennung gefunden (d. h. die provisorische Verfügung erlassen worden), weiter reichen, als die der O. N. N. (Möglichkeit, Execution zu suchen, anstatt erst das Interd. klagend geltend zu machen), und daß endlich für die Remission der provisorischen Inhibition die allgemeinen Gründe für Aufhebung oder Aenderung provisorischer Verfügungen zur Anwendung kommen." Aehnlich spricht sich Hesse Ueb. die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I. S. 100—102. aus: „Mit diesen Eigenthümlichkeiten hat man sie bei uns nicht reci=

pirt, und wenn sie ja einmal in Praxis zur Anwendung gekommen ist, so ist dabei ihr Wesen unter Gesichtspunkten aufgefaßt worden, welche sich mit ihrer wahren Gestalt nicht vereinigen lassen. Auch die Cautionsleistung wegen Niederreißung des Bauwerks, als processualische Caution, ist niemals bei uns in Anwendung gewesen; ebenso hat ein Privatverbot oder Einspruch bei uns niemals die Wirkung des Baubannes gehabt (s. Hagemann Landwirthschaftr. §. 428., Schäffer im Arch. f. prakt. Rechtswiss. I. S. 17.). Wollte man aber die Sache so auffassen, daß man den Einspruch oder das Verbot durch den Richter wollte an den Bauunternehmer ergehen lassen, so werden auch dann nicht die Grundsätze der O. N. N. Anwendung finden können, weil wir für Bauangelegenheiten neuere deutschrechtliche oder particularrechtliche Vorschriften haben, nach denen der Richter zu verfahren gehalten ist. Solche Vorschriften finden sich theils in den Reichsgesetzen, da wo vom Mandatsprocesse die Rede ist, theils in den Particulargesetzen, welche den Inhibitivproceß namentlich mit für Bausachen eingeführt, auch überdies für Baustreitigkeiten ein schleuniges Verfahren vorgeschrieben und die Anordnung von Provisorien durch den Richter vorgesehen haben. Dabei ist mit in Erwägung zu ziehen, daß das summariissimum zugelassen wird, wenn Jemand in seiner Possession vel quasi eines Gutes oder einer Gerechtigkeit beeinträchtigt wird, also auch bei Gebäudeservituten anwendbar erscheint. Bei allen diesen Proceßarten aber steht der Grundsatz fest, daß eine Bescheinigung des factum turbativum und eines solchen vorhergegangenen actus possessorius u. s. w. beigebracht werden muß, bevor der Richter verfügen kann; es ist aber dadurch unmöglich gemacht, daß er im Falle einer O. N. N. auf das unbescheinigte Gesuch des Nuncianten hin ein Bauverbot erlasse. Aus dem R. R. könnte daher überhaupt nicht mehr brauchbar seyn, als dessen Bestimmungen darüber, wer zur Nunciation berechtigt sey." Vergl. auch Seuffert Pand. §. 420. und Arndts Pand. §. 330. Anm. 8. Dazu Seuffert's Archiv III. no. 58. 174. V. no. 28. VII. no. 44. 45. IX. no. 161. XIV. no. 139. XV. no. 226.]

Zu 5) Die Wirkung der Nunciation wird

a) zwar durch den Tod des Nuncianten aufgehoben, denn er kann nichts auf seine Erben übertragen, so lange er das Interdict, welches er durch die Nunciation erst erwerben muß, noch nicht wirklich erlangt hat; Hasse a. a. O. Daraus folgt aber blos, daß sein Erbe die Nunciation wiederholen muß. Daß

durch den Tod des Nunciaten der geschehene Einspruch nicht erlösche, ist schon oben bemerkt worden; l. 8. §. 7. D. 39. 1.

b) Durch Remission von Seite des competenten Richters; l. un. pr. D. 43. 25.; Hesse Ueb. d. Rechtsverhältn. zw. Grundstücksnachbarn II. S. 94.

c) Durch Cautionsleistung de demoliendo in casum succumbentiae, welche aber nicht, wie es nach l. 5. §. 17. D. 39. 1. scheinen möchte, blos durch repromissio, sondern außer dem Fall, da auf öffentlichen Boden gebaut wird, durch Bürgschaft zu bewirken ist; l. 8. §. 2. 4. l. 20. §. 1. l. 21. D. 39. 1. — l. un. §. 2. D. 43. 25. — l. 2. §. 1. D. 46. 5. — l. 1. §. 6. D. 46. 5.

Kapitel XXIV.

Interdictum quod vi aut clam.

§. 320.

Dig. XLIII. 24. quod vi aut clam.

Sowie gegen ein neues Bauwerk die bloße Prohibition des Betheiligten schon genügt, um dessen Fortsetzung ohne Weiteres einzustellen, so findet auch gegen Veränderungen am Grund und Boden, und an dem, was (Früchte ausgenommen) mit demselben verbunden ist, einfache Prohibition von Seite des Eigenthümers des beeinträchtigten Grundstücks, oder eines anderen Interessenten, l. 11. §. ult. D. 43. 24., statt, und bewirkt gegen den der Prohibition zuwider Handelnden, ohne erst zu untersuchen, ob er zu seinem Unternehmen ein Recht habe oder nicht,*) l. 1. pr. §. 1—3. D. 43. 24. (denn sein Unrecht liegt schon darin, daß er vi oder clam zu Werk gegangen ist), das oben benannte Interdict, welches auch mit der nunc. novi

*) Die abweichenden Meinungen von Francke im civilist. Archiv Bd. XXII. S. 350 ff., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. §. 398., Wiederhold über das interd. uti possid. und die nov. op. nunc. S. 73. stoßen offenbar gegen das oben angeführte Gesetz an, gleichwie eine andere von Hasse im Rhein. Museum Bd. IV. S. 42. aufgestellte Meinung mit l. 5. §. 10. D. 39. 1. in Widerspruch geräth; s. dagegen Schmidt a. a. O., v. Vangerow Pand. a. a. O., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 124. Anm. 58.

operis electiv concurrirt, l. 7. §. 2. D. 43. 24. vor letzterem aber bedeutende Vorzüge hat. Denn bei der Nunciation muß bekanntlich der Nunciant die Rolle des Klägers übernehmen, durch das interd. quod vi wird aber der prohibitus und nicht der Prohibent in den Fall versetzt, sein Recht klagbar auszuführen. Beschränkt aber in der Zeit ist dieses Interdict auf ein Jahr von Beendigung des Werks an, wenn nicht besondere Umstände eine Ausnahme begründen; l. 15. §. 3—6. D. h. t. Die bemerkte eminente Wirkung der Prohibition hat besonders dann etwas sehr Auffallendes, wenn der prohibitus auf eigenem Grund und Boden eine Veränderung vornimmt, welche ein Anderer nicht zulassen will, denn da scheint eine unbeschränkte Prohibitionsbefugniß schwer in das Recht des Besitzes und Eigenthums einzugreifen, weshalb Manche den heutigen Gebrauch dieses Interdicts ganz bezweifeln, Schmidt in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. I. no. 7. Die bemerkte Schwierigkeit scheint nach Zimmermann im civil. Archiv Bd. XXXVII. S. 218. ꝛc. u. XLI. S. 182 ff. sich zu heben, wenn man dem Interd. die Voraussetzung subintelligirt, daß entweder der Prohibition eine Denunciation der beabsichtigten neuen Anlage von Seite ihres Unternehmers vorausgegangen seyn mußte, oder von diesem schon von selbst mit Sicherheit eine Prohibition erwartet werden könnte. Ersteres scheint dem Verf. ursprünglich in der römischen Sitte gelegen zu seyn, daher, wenn es unterblieb, handelte man clam; war es aber geschehen, und es erfolgte sofort ein Verbot, so geschah das Entgegenhandeln vi; vergl. l. 5. §. 7. D. 43. 24. Später nahm man auf vorangegangene Denunciation keine Rücksicht mehr, wenn die Verhältnisse der Art waren, daß der Unternehmer der neuen Anlage mit hoher Wahrscheinlichkeit Widerspruch erwarten konnte, und gewährte utiliter das Interdict, wenn dieser wirklich erfolgte.

v. Vangerow in seinen Pandekten Bd. III. S. 524. der früheren Auflagen findet überhaupt die angedeutete Bedenklichkeit nicht gegründet, wenn man erwägt, daß in jeder prohibitio ein Besitzact des Prohibirenden liegt, und dagegen also, sofern dadurch ein Eingriff in fremden Besitz gemacht wird, das interd. uti possidetis genügende Hilfe gewährt; l. 3. §. 2. D. 43. 17. Der prohibitus wird daher zwar nicht mit seinem opus fortfahren dürfen, aber doch durch letzteres Interdict alsbald zu seinem Zweck gelangen; wenn aber dies wirklich der Fall ist, daß in der Prohibition eine Besitzstörung liegt, so kann der prohibitus durch das interd. uti possidetis die baldige Remedur erlangen; Schmidt in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. I. no. 7., über-

einstimmend v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 677. Der heutige Gebrauch dieses Interdicts wird bezweifelt, Schmidt a. a. O., und da unser possessor. summariissimum mit jenem den gleichen Zweck hat, den Status quo aufrecht zu halten, so wird dieses, wenigstens soweit sein Gebrauch nicht durch den geforderten Beweis einer Gefahr beschwert wird, zum Ersatz dienen können. Vieles fällt h. z. T. ohnedies in das Gebiet der Polizei.

[Mit der Ansicht von Schmidt und Sintenis über Nichtanwendbarkeit des röm. interd. quod vi aut clam stimmt auch Hesse Ueb. d. Rechtsverh. zwischen Grundstücksnachbarn I. S. 265—268. II. S. 64. 77—79. überein, indem er (I. S. 266.) bemerkt: „Als Regel gilt bei uns der Grundsatz, daß jeder in seinem Recht Gekränkte durch den Richter Hilfe suchen müsse. Auf diesem Boden sind die deutschen Inhibitorien und das poss. summariissimum erwachsen; dagegen erscheint der Fundamentalsatz des int. quod vi aut clam (daß der Eine dem Anderen an einem Unternehmen, ohne Rücksicht auf Recht oder Besitz, prohibiren kann, und daß der Andere diese Prohibition vorläufig beachten muß) mit den genannten Rechtsmitteln ganz unverträglich, und es will uns nicht in den Sinn, daß der Eigenthümer, welcher einen über sein Grundstück von dem Nachbar eingeschlagenen Weg vergräbt, dem int. quod vi unterfallen, also den Graben auszufüllen und resp. Schadenersatz zu leisten gehalten seyn soll, weil der Nachbar Widerspruch erhebt, oder weil ein solcher Widerspruch befürchtet werden konnte. Dieser Umstand mag hauptsächlich mit dahin geführt haben, daß man in der Theorie dem int. quod vi Voraussetzungen unterzuschieben versucht hat, welche dem Röm. R. fremd sind, z. B. die Voraussetzung, daß die Prohibition nur dann wirksam sey, wenn ein jus prohibendi vorhanden sey u. s. w. Was die Praxis anlangt, so läßt sich eine constante Anwendung des int. quod vi im röm. Sinn wohl kaum nachweisen . . . Es läßt sich auch gar nicht denken, wie die Gesetzgebung auf die Einführung des Inhibitivprosses und des poss. summariissimum gekommen wäre, und wie diese Proceßarten, bei denen stets einige Bescheinigung des factum turbativum erfordert wird, hätten in Gebrauch kommen können, wenn daneben einer außergerichtlichen Prohibition, die keine Bescheinigung und keine Angehung des Richters erfordert, also viel leichter und bequemer erscheint, die nach Röm. R. damit verbundenen Wirkungen in Deutschland zugestanden worden wären." Dagegen scheinen die O.-A.-G. zu Lübeck und Celle die Anwendbarkeit des int. quod vi im heutigen Rechtsleben anzunehmen: s. Seuffert's Archiv V. no. 68.

VII. no. 45. VIII. no. 51. 139. 169. XII. no. 160. XIV. no. 236. XV. no. 28. Anders aber das O.-A.-G. zu Dresden, welches sich dahin aussprach: daß von der Anwendung des int. quod vi nach heutigem Recht nicht mehr die Rede seyn kann, bedarf im Hinblick auf die Grundprincipien des gerichtlichen Verfahrens keiner ausführlichen Darlegung. Der bloße Widerspruch eines Dritten kann eine am Grund und Boden durch Zerstörung oder Herstellung unternommene Veränderung nicht ohne Weiteres zu einer widerrechtlichen Handlung machen und ebensowenig ein mit der Execution, der Beseitigung des vorhandenen Zustandes, beginnendes Rechtsverfahren begründen. Zur Erreichung dieses Erfolges hat der Betheiligte den geordneten Rechtsweg zu betreten. Seuffert's Archiv XVI. no. 223. Für die Anwendbarkeit haben sich wieder ausgesprochen Rudorff zu Puchta's Pand. §. 386. und v. Keller Pand. §. 189. a. E.]

Kapitel XXV.

Obligatio ad exhibendum.*)

§. 321.

Dig. X. 4. Cod. III. 42. ad exhibendum. §. 3. J. 4. 17. de officio judicis.

1) Unter welchen Voraussetzungen findet die act. ad exhib. statt?
2) Steht sie auch dem Erben zu und gegen den Erben?
3) Wie unterscheidet sich die Exhibitionsverbindlichkeit von der Editionsverbindlichkeit?
4) Worin bestehen die Wirkungen der act. ad exhibendum?

*) Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia; l. 2. D. 10. 4. Dabei versteht sich, daß die Exhibition in dem Zustande, in welchem sich die Sache zur Zeit der Einlassung befand, unverändert, mit Allem, was dazu gehört, geschehen müsse; l. 9. §. 5—8. D. 10. 4. — §. 3. J. 4. 17. — l. 7. C. 3. 42. — l. 10. l. 11. pr. D. 10. 4. In Ansehung des hier auch einschlagenden Interd. de glande legenda ist in der Materie vom Baumrecht Bd. II. §. 99. zu Fr. 5. das Nöthige bemerkt worden.

Zu 1) Es wird zunächst

a) auf Seite des Klägers erfordert, daß er ein Interesse an der Sache darzuthun vermöge. Hierzu wird aber, da nicht jedes beliebige factische Interesse hinreichen kann, irgend ein Recht auf die vorzuweisende Sache erfordert; l. 18. D. 10. 4. Häufig liegt dem Exhibitionsbegehren ein Eigenthumsanspruch zum Grunde, l. 12. §. 3. D. 10. 4., und da kann die act. ad exhibendum auch sogar unmittelbar und besser als die Vindication zum Ziele führen, l. 5. §. 3—5. l. 8. l. 9. §. 1. D. 10. 4., Glück Thl. XI. S. 184., oder auch, wenn der Exhibent keine Ansprüche auf die Sache macht, und die des Klägers nicht zu bestreiten begehrt — wie l. . §. 4. l. 5. §. 5. l. 9. §. 1. D. 10. 4. in Beispielen zeigt — die Vindication entbehrlich machen. Andererseits ist es aber zur Begründung der act. ad exhibendum auch nicht gerade nothwendig, daß sie sich auf einen Eigenthumsanspruch beziehe, sondern es genügt, daß der Kläger an dem Gegenstande rechtlich betheiligt sey; l. 3. §. 1. 6. 9. 10. l. 7. §. ult. D. 10. 4. Es wird hier ein pecuniäres, ein Vermögensinteresse vorausgesetzt, denn, wo das Exhibitionsbegehren eine andere Bestimmung hat, ist durch besondere Interdicte für denselben Zweck schon gesorgt, insbesondere durch das interd. de libero homine exhibendo, de liberis exhibendis, de tabulis exhibendis; l. 3. §. 8. D. 10. 4. Für dieses Interesse wird nur ein summarischer Beweis erfordert; l. 3. §. 11. D. 10. 4. sagt: judicem ad exhibendum cognoscere, an justam et probabilem causam habeat actionis, propter quam exhiberi sibi desideret; l. 3. §. 9. ibid.: judex igitur summatim debebit cognoscere, an ejus intersit, Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 225., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 194., Arndts Pand. §. 346., und wenn dasselbe einigermaßen wahrscheinlich gemacht ist, kann der Implorant es durch das juramentum calumniae beglaubigen; Puchta Pand. §. 398. Einreden, welche eine weitläufige Erörterung erfordern, dürfen die Exhibition nicht aufhalten, sondern werden zur Hauptklage verwiesen; l. 3. §. 3. u. 13. D. 10. 4. Nur gewisse Einreden sind unaufhaltlich zu erörtern, namentlich exc. pacti conventi, doli mali, jurisjurandi und rei judicatae. Man kann daher im Angesicht der l. 3. §. 13. cit. nicht, wie Boehmer Doctr. de action. Sect. II. cap. 2. §. 6. lehrt, auch bei diesen Einreden die Liquidität für erforderlich

erklären; Glück a. a. O. S. 202., Bucher R. d. Ford. §. 163.

b) Auf Seite des Beklagten wird vorausgesetzt, daß er die Sache exhibiren könne. Nicht nur gegen den Besitzer, sondern auch gegen den bloßen Inhaber, l. 4. l. 5. pr. §. 1. D. 10. 4., findet die Klage statt, desgleichen gegen den Pfandgläubiger, l. 3. §. ult. D. 10. 4., und gegen den, welchem bloßer Verwaltungsbesitz zukommt, den Depositar, Commodatar, Miether, l. 4. l. 5. pr. D. ib., so auch gegen den, welcher zur Sicherheit seines Anspruchs die Einweisung in den Besitz erlangt hat; l. 5. §. 1. D. 10. 4. Gegen den fictus possessor, welcher sich dolos außer Stand zu exhibiren gesetzt hat, findet der Anspruch auf Ersatz des Werthes und zu diesem Ende der Würderungseid statt; l. 3. §. 2. l. 5. §. 2. D. 10. 4. — l. 4. C. 3. 42.

c) In Ansehung des Gegenstandes wird nur bei beweglichen Sachen der Exhibitionspflicht in den Gesetzen gedacht, l. 56. D. 3. 3. — l. 38. D. 5. 1. — l. 4. C. 9. 32., und darauf beschränken sie auch die meisten Rechtsgelehrten, s. die Lehrbücher von Malblanc §. 243., Valett Bd. II. S. 271. Anm. 60., v. Wening-Ingenheim Bd. II. S. 339., Seuffert §. 433., Puchta §. 397., Mühlenbruch Bd. II. S. 456.; indessen wird von Vielen auch die Besichtigung von Grundstücken wegen Gleichheit des Grundes inbegriffen; Günther Princ. jur. Rom. §. 1121., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 180. S. 395. und die in Glück a. a. O. S. 206. Anm. 26. angeführten Rechtsgelehrten [sowie das O.-A.-G. zu Cassel, s. Seuffert's Archiv XVI. No. 48. Vergl. auch ebendas. IV. No. 10. 11. u. VIII. No. 49.]. Offenbar für zuweit ausgedehnt betrachtet mit Recht Hufnagel Mittheil. aus der Praxis der Württemb. Civilgerichte no. 91. die act. ad exhibendum in dem Falle, wo ein Grundbesitzer gegen seinen Angrenzer unter der Behauptung, daß ihm an seinem Walde 9 Morgen fehlten, welche sein Anstößer zu viel besitzen müsse, eine Vermessung des vom Letzteren besitzenden Waldes, mit anderen Worten Vorzeigung des Meßgehaltes forderte.

Wesentlich ist es, daß der Kläger den Gegenstand nach allen seinen unterscheidenden Merkmalen genau in der Klage bezeichne, damit der Beklagte bestimmt beurtheilen könne, ob er ihn besitze; l. 3. pr. D. 10. 4. Zuweilen vermag der Beklagte nicht, die Sache so zu be-

schreiben, daß sie von allen Sachen derselben Gattung genau unterschieden werden kann, dann kommt ihm aber l. 3. §. 7. D. 10. 4. insoweit zu Hilfe, daß er alle Sachen derselben Gattung, welche der Beklagte in seiner Gewahrsame hat, vorgezeigt verlangen kann. Dadurch, daß der Beklagte den Gegenstand schon mit einer andern Sache zusammengesetzt hat, wird er von der Exhibitionspflicht nicht frei,*) sie fällt nur dann weg, wenn die Verbindung unauflöslich ist, l. 6. l. 7. §. 1. 2. D. 10. 4. — l. 23. §. 5. D. 6. 1., oder wenn der Stoff in einen Hausbau verwendet worden ist; l. 6. l. 7. pr. D. 10. 4.

Darauf aber kommt es vorzüglich an, daß der Beklagte sich zu der Zeit, wenn exhibirt werden soll, im Besitz der Sache befinde. Es ist dann einerlei, ob er sie schon zur Zeit der Litiscontestation besessen oder erst nachher erlangt hat, und ob er den Besitz während des Processes verloren, aber wieder bekommen hat; l. 7. §. 4. 6. D. 10. 4. Hat er aber im Laufe des Processes die Sache ohne seine Schuld gänzlich verloren, so wird er nur insoweit befreit, als ihm nicht ein ungebührlicher Verzug zur Last fällt; l. 7. §. 5. D. 10. 4., Glück a. a. O. S. 227. Ganz grundloser Verzug kann ihn auch für den zufälligen Untergang der Sache verantwortlich machen; l. 12. §. 4. D. 10. 4. Hat der Beklagte durch seine Schuld die Exhibition unmöglich gemacht, oder ist er ungehorsam gewesen, so wird die Klage Hauptklage und geht auf Ersatz des durch den Würderungseid zu bestimmenden Interesse; l. 3. §. 2. l. 5. §. 2. D. 10. 4. — l. 4. C. 3. 42. Ist der Beklagte nur temporär an der Exhibition verhindert, so ist er gleichwohl schuldig, Caution zu leisten, daß er die Sache binnen einer vom Richter zu bestimmenden Frist, l. 12. §. 5. D. 10. 4., oder wenn sich keine Zeit bestimmen läßt, sobald er sie wieder in seine Gewalt bekommt, liefern wolle; l. 5. §. ult. D. 10. 4. Wenn Jemand in einem fremden Hause einen Schatz vergraben hat, da soll zwar nach dem strengen Recht die act. ad exhibendum nicht stattfinden, wohl aber ein Interdict, ne vim facias mihi, quo minus eum thesaurum effodiam, tollam, exportem, versteht sich gegen Sicherheitsleistung wegen

---

*) Vielmehr gewährt in diesem Falle die actio ad exhib. den besonderen Nutzen, daß durch sie das der Vindicaton entgegenstehende Hinderniß gehoben wird; l. 23. §. 5. D. 6. 1.: Quaecunque aliis juncta sive adjecta accessionis loco cedunt, ea, quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest, sed *ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur.* Vorausgesetzt wird dabei freilich, daß die Trennung physisch möglich, oder nicht, wie bei dem tignum aedibus junctum, durch ein Gesetz verboten sey.

Beschädigung und auf allenfallsiges Verlangen des Imploraten zu leistenden Gefährdeeid; l. 15. D. 10. 4.

Zu 2) Der Erbe hat die act. ad exhibendum nicht als Erbe, sondern nur in eigenem Namen, nämlich insofern sich in ihm selbst die Bedingungen der Klage finden, und so geht sie auch nicht gegen den Erben als solchen, sondern nur insofern er die Sache besitzt, l. 12. §. 6. D. 10. 4., daher er in diesem Falle auch dann der Klage unterliegt, wenn sein Erblasser die Sache nicht besessen hat, mithin irrig belangt war, er aber die Sache wirklich besitzt; l. 8. D. ib. In der Eigenschaft als Erbe kann er jedoch belangt werden, wenn sein Erblasser sich arglistig des Besitzes entäußert hat, und die Erbschaft dadurch bereichert worden ist; l. 12. §. 6. cit. in fin. — cf. l. 42. D. 6. 1.

Zu 3) Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 142. findet den Unterschied darin, daß es bei der act. ad exhibendum am Ende auf ein Habenwollen abgesehen ist, bei dem Editionsbegehren nur auf Einsicht, daher dieses in den Proceß gehört. Vergl. Seuffert Pand. §. 434. u. Bayer ord. Proceß (8. Aufl.) S. 955. u. unten §. 322.

Zu 4) Die act. ad exhib. ist eine persönliche Klage, l. 3. §. 3. D. 10. 4. — §. 31. J. 4. 6.*) Sie kann entweder eigens angestellt, oder sogleich mit der Hauptklage verbunden werden; Glück Thl. XI. S. 211. Die Vorzeigung muß da geschehen, wo sich die Sache bei der vollständigen Anhängigmachung des Rechtsstreits befindet, so daß also, wenn sie anderwärts transportirt werden soll, derjenige, welcher die Exhibition verlangt, die Kosten tragen muß; l. 11. §. 1. D. 10. 4., Unterholzner a. a. O. S. 146., sofern nicht die Beiseiteschaffung doloser Weise geschah. Die Kosten, welche dem Beklagten die Vorweisung verursacht, und den Ersatz der Schäden, die er sonst von der Sache hat, die exhibirt werden soll, hat der Kläger zu übernehmen, l. 11. §. 1. l. 15. D. 10. 4. — l. 9. §. 3. D. 39. 2., Unterholzner a. a. O. S. 149., und dieser muß dem Beklagten auch Caution dafür leisten; l. 5. §. 4. D. 10. 4. — §. 3. J. 4. 17. — §. 31. J. 4. 6. Die Gesetze sprechen zwar conform der cautio damni infecti nur von einer cautio promissoria, aber da deren Sufficienz hier oft viel zweifelhafter seyn kann, als dort, so dürfte hier der Grundsatz entscheiden, daß in zweifelhaften Fällen der Realcaution immer der Vorzug zu geben sey; Thibaut Syst. §. 587., Erk. d. O.-A.-G.

---

*) Irrig hält sie Donell. Comm. jur. civ. Lib. XX. cap. 9. für eine dingliche Klage; s. dagegen Glück Thl. XI. S. 189.

zu Dresden im Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1850. S. 151. Insofern der Zweck der Klage ist, in die Lage zu kommen, um die Sache rechtlich verfolgen zu können, so muß der Beklagte, wenn er diesen Zweck vorsätzlich vereitelt, den Werth der Sache herausgeben, Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 225., und außerdem den Schaden ersetzen, l. 9. §. 5.—7. D. 10. 4., diesen aber auch dann, wenn zu spät exhibirt wird, z. B. wenn unterdeß die Usucapion vollendet wird, l. 9. §. 8. l. 10. l. 11. D. 10. 4., auch muß im Fall der Zögerung Caution geleistet werden; §. 3. J. 4. 17. — l. 5. §. 6. l. 12. §. 5. D. 10. 4. Der Beklagte haftet vor der Litiscontestation nur für dolus, nachher aber für culpa levis, und im Fall widerrechtlichen Verzugs auch für casus, wenn dieser nicht auch bei dem Kläger eingetreten seyn würde; l. 12. §. 4. D. 10. 4., Koch a. a. O.

Kapitel XXVI.

Urkunden-Editionsverbindlichkeit.

§. 322.

Dig. II. 13. Cod. II. 1. de edendo.

1) Auf welchen Gründen beruht die Verbindlichkeit, Urkunden zu ediren? Welchen Einfluß hat insbesondere im Proceß das Verhältniß zwischen Klägern und Beklagten?
2) Welche Eigenschaften sind besonders bezeichnend für den Begriff einer gemeinschaftlichen Urkunde?
3) Welche Folgen hat die Verweigerung der vom Richter anbefohlenen Edition?
4) Wie muß das Editionsbegehren motivirt werden?

Zu 1) Die Verbindlichkeit desjenigen, welcher Urkunden besitzt, einem Andern zu ediren, kann zuweilen

a) als bloße Folge eines besonderen Obligationsverhältnisses vorkommen, mit welchem die verlangten Urkunden im Zusammenhange stehen, wie z. B. der Mandatar, der Verwalter, Gesellschafter, Vormund seine diese Geschäfte betreffenden Urkunden und Rechnungen ediren muß. Zuweilen liegt aber auch

b) in der eigentlichen Bestimmung der Urkunde, insofern sie auf allgemeine Zwecke gerichtet ist, der Grund, warum Jeder, welcher ein wahrscheinliches Interesse darlegen kann, deren Einsicht zu verlangen berechtigt ist, wie bei Gerichtsacten,*) l. 2. C. 2. 1., und Testamenten, l. 1. pr. l. 2. pr. D. 29. 3. — cf. Dig. Lib. 43. tit. 5. Cod. Lib. 8. tit. 7. de tabulis exhibendis. Es macht auch hinsichtlich der Verbindlichkeit, ein Testament zu ediren, keinen Unterschied, ob dasselbe giltig ist oder nicht; l. 1. §. 3. 4. 5. 7. D. 43. 5.

c) Auf besonderen gesetzlichen Bestimmungen beruht die Verbindlichkeit desjenigen, welcher eines Zinswuchers angeklagt ist, seine Rechnungsbücher zu ediren, c. un. Clement. de usuris (5. 5.), und das jus singulare fisci, daß derselbe, wenn er Kläger ist, vom Beklagten die Edition der erforderlichen Urkunden verlangen kann. Die Ausdehnung dieses Privilegs auf Kirchen, welche Leyser Sp. 38. Cor. 3. u. Mevius Decis. P. V. dec. 318. behauptet, ist zu willkürlich, um auf Anerkennung Anspruch machen zu können; Glück Thl. XXII. S. 118., Boehmer J. E. P. T. I. Lib. II. tit. 22. §. 14., Thibaut Syst. §. 1270.

d) Abgesehen von den bisher bemerkten speciellen Gründen, fragt es sich, ob nicht im Allgemeinen dem richterlichen arbitrio anheim gegeben seyn müsse, irgend welchen Besitzer einer Urkunde zu deren Edition anzuhalten, da es ja des Richters Amt und Pflicht ist, auf dem Rechtsgebiete Dunkel aufzuklären und die Wahrheit an's Licht zu bringen? Einige behaupten dies mit Beziehung auf l. 95. §. 2. D. 35. 2. — l. 1. C. 2. 1., Un-

*) In Ansehung der Criminalacten wird dies von Einigen bestritten, Arnold prakt. Erörter. H. I. S. 70., welcher für die verneinende Meinung einige ältere Erkenntnisse des K. Bayer. O.-A.-G. anführt; s. auch v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. I. S. 149. Allein die l. 2. cit. entscheidet ausdrücklich auch für Einsichtsgestattung der Criminalacten, und da ihnen gerade der Charakter der Oeffentlichkeit wesentlich ist, so sollte sie da am wenigsten bezweifelt werden. Die richtigere Ansicht wird auch in Seuffert u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. XII. S. 134. Bd. XX. S. 433. begründet, und mit einem neueren Präjudiz desselben obersten Gerichtshofs, sowie mit einem Justizministerial-Rescript v. 19. Jan. 1819 belegt. Damit stimmt überein das O.-A.-G. zu Celle; v. Rüling Entscheid. no. 46. „Die Inspection der Acten ist dem Inquisiten nach geendigtem peinlichen Verfahren zu dem Zweck einer gegen den Denuncianten anzustellenden Satisfactionsklage — es sey denn, daß deren Ungrund sofort erhellt — in der Regel zu gestatten."

terholzner Schuldverh. Bd. II. S. 152., Leyser Sp. 38. med. 1., Hellfeld Jurispr. for. Lib. XXII. tit. 4. §. 1172.; allein in dem Falle der l. 95. cit. handelte es sich von gemeinschaftlichen Urkunden, und in diese Kategorie gehört auch l. 3. §. 14. D. 10. 4. Die l. 1. C. 2. 1. aber ist wohl nur dahin zu verstehen, daß nicht willkürlich dem Beklagten die Vorlegung seiner Privatrechnungen angemuthet werden könne, und selbst der Richter nur durch das das Vorhandenseyn eines gerechten Grundes (ex causa) zu einer solchen Auflage bestimmt werden könne. Viele erfordern daher einen gesetzlichen Grund; Donell. Comm. de jure civili Lib. XXIII. c. 7. §. 3., Kraut Comm. de argentar. et nummular. (Götting. 1826.) pag. 62., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 543., Glück a. a. O. S. 124. Ganz consequent statuirt demnach die Bayerische Ger. Ordn. Kap. XI. §. 6. no. 3., ein dritter Besitzer einer Urkunde könne zur Edition nicht angehalten werden, wenn sie nicht dem anrufenden Theile zugehörig oder wenigstens gemeinschaftlich ist. Weiter geht jedoch eine, freilich, wie v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 708. bemerkt, bei der Verschiedenheit der Autoritäten nicht so ganz für entschieden anzuerkennende gemeinrechtliche Praxis, indem sie die Verbindlichkeit zur Urkunden-Edition mit der Verbindlichkeit, Zeugschaft zu geben, im Allgemeinen identificirt, mithin da, wo zu letzterer ein rechtlicher Zwang stattfindet, ihn auch zur ersteren gelten läßt, jedoch mit der — wohl auch die Dissentienten*) so ziemlich versöhnenden — Restriction, daß derselbe alsdann hinwegfallen müsse, wenn der zur Edition Aufgeforderte eidlich erhärtet, daß er die Urkunde nicht ohne eigenen

---

*) Die Gleichstellung der Editionspflicht mit der Zeugschaftsverbindlichkeit wird nämlich von Vielen deswegen scharf angefochten, weil, abgesehen davon, daß die l. 22. C. 4. 21., auf welche man sich stützt, nicht glossirt ist, in der Beschaffenheit des Verhältnisses eine große Verschiedenheit nicht zu verkennen ist, indem die Folgen einer Urkundenvorlage für den Besitzer derselben viel nachtheiliger seyn können, als die einer zeugschaftlichen Aussage, und wenn derselbe sich auch durch den oben bemerkten Eid davon frei machen kann, doch eben dadurch sein Geheimniß öfter enthüllt, somit sein Eigenthum verletzt wird; s. vorzüglich v. Almendingen in Grolmann's Magazin für die Philosophie u. Geschichte des Rechts Bd. I. S. 355., Kossel D. de causis obligationis ad edend. instrum. Goett. 1796., Glück a. a. O. S. 112., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. (§. 268.) S. 332., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 611., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 708.

Nachtheil vorzulegen vermöge, oder wenn er besondere Pflichten gegen denjenigen hat, gegen welchen die Urkunde gebraucht werden soll, oder nach l. 45. §. 5. D. 49. 14., wenn die Urkunde gegen den Fiscus angewendet werden will; v. Gönner Entwurf eines Gesetzb. üb. d. gerichtl. Verfahren in bürgerl. Rechtssachen Bd. II. Abthl. 2. S. 428., Unterholzner a. a. O. §. 380. S. 153., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 4475., Danz Grundsf. d. ordentl. gem. Proc. §. 316. b., Thibaut System §. 1270., Günther Princ. jur. Rom. T. II. §. 1129., Reinhardt Handb. d. gem. Proc. Thl. I. §. 214.

e) Jene Rücksicht darauf, daß dem Besitzer die Vorlegung einer in seinen Händen befindlichen Urkunde schädlich werden kann, führte insbesondere im Proceß zu einer — zwar von Manso Diss. reus ab editione instrumentorum non immunis. Jen. 1788. und v. Gönner a. a. O. S. 425. u. 427. nicht gebilligten, aber in Praxi sehr allgemein anerkannten — Unterscheidung, indem man den willkürlichen Angreifer zurückweist, welcher den Gegenstand seiner Klage anders nicht zu erlangen im Stande ist, als dadurch, daß ihm der Beklagte selbst die Waffen gegen sich übergebe, l. 4. C. 2. 1., dagegen der Beklagte von dem Kläger die Urkunden-Edition schlechthin fordern kann. Da nämlich der Kläger willkürlich durch seine Contestation eine solche Connexität der Streitmittel herbeigeführt hat, daß das Schädliche von dem Nützlichen nicht mehr getrennt werden darf, und da er, indem er die Prüfung des Rechtsverhältnisses fordert, vernünftigerweise nicht verlangen kann, daß dieses nur theilweise offen gelegt, theilweise aber verborgen gehalten werde, so kann der Kläger schon als solcher, und wenngleich keine allgemeinen Gründe zur Editionsverbindlichkeit vorhanden sind, sich nicht entschlagen, dem Beklagten alle zu seiner Vertheidigung in diesem Processe dienlichen Urkunden gerichtlich vorzulegen; l. 5. 6. 8. C. 2. 1., Glück Thl. XXII. S. 118., Martin Lehrb. d. Proc. §. 316. (Ed. 10.)*)

*) Dieses vorzugsweise Recht des Beklagten wollen zwar Viele auch dem Kläger in dem Falle vindiciren, wenn er damit den Einreden des Beklagten begegnen will; denn — sagen sie — quia excipiendo actor fit reus, so müsse man, wenn beide die Rollen wechseln, Einen wie den Andern behandeln; Voet Comm. ad Pand. Lib. XXII. tit. 4. §. 18., Stryck Us. mod. Lib. II. tit. 13. §. 18., Danz Grundsf. d. ordentl. Proc. §. 318., Hofacker Princ.

f) Gesetzliche Gründe zur Editionsverbindlichkeit sind unstreitig und für alle Fälle geltend, der Besitzer mag nun Kläger oder Beklagter oder ein Dritter seyn: α) das dem die Edition Begehrenden an der Urkunde oder dem Gegenstande derselben zuständige Eigenthum oder Miteigenthum; β) eine Gemeinschaftlichkeit der Urkunde zwischen dem, der sie begehrt, und dem, der sie besitzt; Linde in seiner Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Bd. I. S. 220.

Zu 2) Gemeinschaftliche Urkunden sind nicht blos solche, welche sich in gemeinschaftlichem Eigenthum zwischen dem die Edition Fordernden und dem Edirenden befinden, sondern auch solche, welche über ein zwischen Beiden abgeschlossenes Geschäft, Glück Thl. XXII. S. 20. u. 110., Reinhardt a. a. O. §. 212., oder im Auftrag oder mit Zustimmung des Andern errichtet worden sind; aequum fuit, id, quod mei causa confecit, meum quodammodo instrumentum mihi edi, l. 4. §. 1. D. 2. 13., oder über seine eigenen Geschäfte, oder von denen, von welchen er sein Recht ableitet, gefertigt wurden, l. 3. §. 14. D. 10. 4., Glück a. a. O. Thl. IV. S. 40. Thl. XXII. S. 20., daher auch Schuldbriefe, v. Gönner a. a. O. S. 426., und um so mehr Erbtheilungsrecesse und Urkunden, welche Bilateralcontracte betreffen, Handelsbücher und Correspondenzen der Kaufleute über die zwischen ihnen geführten Geschäfte; v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. VI. S. 121. Bd. VII. S. 204., Schneider vom rechtl. Beweise §. 286. u. 287., Blattner über die Edition gemeinschaftl. Urkunden,

---

jur. civ. T. III. §. 4474., Günther Princ. jur. Rom. T. II. §. 1229., Thibaut Syst. §. 1270. d. älter. Ausg., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 153. Anm. w., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. (§. 268.) S. 333., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 611. S. 543. In den Gesetzen ist aber diese Meinung nicht begründet, und sie wird auch wohl mit Recht von anderen Rechtsgelehrten gemißbilligt, denn der Kläger bleibt ja doch immer der angreifende Theil, auch wenn er die Urkunden verlangt, um seinen Angriff gegen die Einreden des Beklagten zu behaupten; Glück a. a. O. S. 122., Kossel Diss. cit. §. 16., Hagemann prakt. Erörter. Bd. VI. no. 19., Reinhardt Handb. d. gem. ordentl. Proc. §. 214. Anm. 5., Martin a. a. O. §. 316. Anm. h., Almendingen a. a. O. S. 365. Wollte man die entgegengesetzte Meinung consequent verfolgen, so müßte man auch noch weiter behaupten, der Kläger sey dem Beklagten alsdann nicht zur Edition verbunden, wenn dieser durch peremtorische Einreden in die Rolle des Klägers tritt, und (besonders in Negatorienfachen) seine Exception mit den Urkunden beweisen will; s. dagegen Schwarze u. Heyne Unters. prakt. wichtiger Materien S. 328., v. Vangerow a. a. O.

besonders der Handelsbriefe, Würzb. 1827., Almendingen a. a. O. S. 281., Lehnsurkunden s. v. Bülow u. Hagemann a. a. O. Bd. IV. S. 254., Erb-, Saal- u. Lagerbücher Ebend. Bd. I. S. 94.*) [Das O.-A.-G. zu Darmstadt sprach sich dahin aus, daß Gemeinschaftlichkeit der Urkunden und darauf gegründete Editionspflicht nur dann anzunehmen sey, wenn die Urkunden in der Absicht zustande kamen, daß durch sie das zwischen den Interessenten Verhandelte erwiesen werden soll, und daß demnach den gewechselten Handelsbriefen der Charakter der Gemeinschaft abzusprechen sey, weil es hier an der beiderseitigen Absicht, Beweismittel zu schaffen, gebreche; Seuffert's Archiv XIII. No. 291.]

Ob auch die Edition einer Quittung gefordert werden könne, scheint um deswillen zweifelhaft, weil ihr Zweck nur das Interesse des Empfängers derselben bezielt, und sie für den Aussteller nicht einmal als Bweismittel in Betrachtung zu kommen scheint, quia scriptura pro scribente nil probat. Indessen liegt ihr doch ein gemeinsames Rechtsverhältniß zum Grunde, über welches sie etwas aussagen kann, z. B. auf welche von mehreren Schulden die Zahlung geleistet und angenommen worden, ob sie bedingt oder unbedingt, oder mit irgend einem Vorbehalt ausgestellt wurde u. dergl., und aus der Annahme einer mit anderen Bestimmungen begleiteten Urkunde können allerdings dem Aussteller Rechte erwachsen; Gensler im civilist. Archiv Bd. II. S. 3. Die Abfassung einer Quittung kann demnach in einem gemeinsamen Interesse geschehen seyn, weshalb sie als eine gemeinschaftliche Urkunde erscheint. Aber auch außerdem kann eine simple Quittung für das Recht des Gläubigers ebenso wie für den Schuldner als Beweismittel dienen, z. B. wenn der Schuldner behauptet, seine Zahlung sey indebite geschehen, und dagegen der Gläubiger die Einrede der Verjährung aus dem Datum der Quittung beweisen will. Linde in

*) Unstreitig haben diese nämlich die Bestimmung eines Conservatorii, oder der Evidenthaltung der rechtlichen Güterverhältnisse. Die Frage, ob die Edition der herrschaftlichen Forstregister von den Unterthanen gefordert werden könne, weil diese zugleich Forst- und Jagdbeschreibungen, Aufzeichnungen der Holztaxen, Forstzinse u. dergl. zu enthalten pflegen, wird, insofern sie nicht mit Zuziehung der Forstberechtigten angefertigt sind, verneinend entschieden in Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 140., weil sie dann als bloße scripturae domesticae oder Privatscripturen, somit als Privateigenthum der Cameralbehörde zu betrachten seyen. — In Ansehung der Lehensurkunden entscheidet das O.-A.-G. zu Celle: „der Lehenserbe ist schuldig, sie als documenta communia den Landerben, um das Allodium zu constatiren, zur Einsicht vorzulegen“; v. Rüling Entscheid. no. 59.

d. Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Bd. I. S. 220., Mittermaier üb. d. Grund d. Verpflicht. z. Edit. von Urkunden, Heidelb. 1835. Indem die l. 19. C. 4. 21. jeden Empfänger einer Quittung verpflichtet, auf Verlangen dem Gläubiger eine Abschrift davon mit der Unterschrift des Quittungsempfängers oder eine Gegenquittung zu geben, ist der Quittung die Eigenschaft einer gemeinschaftlichen Urkunde gesetzlich beigelegt.*)

Zu 3) Wenn ein Dritter sie verweigert, so wird er gewöhnlich durch Geldstrafen dazu angehalten; er kann aber auch, wenn diese fruchtlos bleiben, zur Schadloshaltung des Editionsberechtigten, nach Maßgabe des von diesem abzuleistenden juramenti in litem verurtheilt werden, Thibaut Syst. §. 1270., Glück Thl. XXII. §. 1173. Anm. 58., Nettelbladt Anl. zur prakt. Rechtsgelahrtheit §. 758., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 228. Ist aber einer der streitenden Theile ungehorsam, so wird, wenn der Beweisführer Abschriften der Urkunden beigebracht hat, praevia comminatione erkannt, daß die Urkunden für edirt und anerkannt zu achten seyen; fehlt es aber auch an Copien, so geht das Erkenntniß dahin, daß die Artikel, für welche die Urkunden als beweisend gegeben worden sind, für eingeräumt zu achten seyen, Glück a. a. O.

Zu 4) Man fordert vom Imploranten, nächst der Bescheinigung seines Interesse, mit Recht, daß er a) die zu edirende Urkunde genau bezeichne, und b) bescheinige, daß der Implorat die Urkunde besitze. In beiden Beziehungen ist aber eine pedantische Strenge zu vermeiden, um nicht das materielle Recht dem formellen zu opfern. — Oft ist es zu a) dem Beweisführer unmöglich, die betreffende Urkunde genau zu bezeichnen, er kann nur die Vorlage gewisser Acten verlangen, durch deren Einsicht er erst zur genauen Bezeichnung zu gelangen hofft. Wollte da der Richter das Begehren als zu vag verwerfen, so würde, wie in einem von Bopp in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 140. erzähten Falle mit Recht geschehen, vom Oberrichter zu reformiren seyn, denn die Bezeichnung der Urkunde ist ja nur soweit nöthig, daß der Implorat sie von seinen übrigen Scripturen zu unterscheiden, und zu

---

*) Freilich aber nur zwischen Aussteller und Empfänger. Wollte z. B. ein ritterschaftliches Fräulein den Beweis der nach Familienherkommen den Fräuleins gebührenden Dotalgelder dadurch führen, daß sie gegen den Stammherrn auf Edition der bei früheren Verheirathungen von den Empfängerinnen ausgestellten Quittungen dringt, so wäre der Grund eines documenti communis ganz irrig aufgegriffen; Strippelmann Samml. bemerkensw. Entscheid. d. O.-A.-G. zu Cassel Thl. I. no. 7.

erkennen vermöge, ob er sie wirklich besitze. Zu b) fordert die l. 6. §. 2. l. 9. §. 3. D. 2. 13. eigentlich nur den Gefährdeeid vom Imploranten, Malblanc Princ. jur. Rom. P. I. §. 242., Stryck Us. mod. Lib. II. tit. 13. §. 15., Gensler Comm. üb. Martin's Civilproceßlehrbuch Bd. II. S. 226., Danz ordentl. Proc. §. 366., Claproth ordentl. Proc. §. 229., Leyser Sp. 38. med. 4., zu welchem er sich aber auch nicht, wie Engau Dec. et Resp. jur. P. II. dec. 38. §. 6. behauptet, nothwendig im Voraus erbieten muß, da seine Verbindlichkeit dazu schon stillschweigend durch den Gebrauch des Editionseides, mit welchem jener gesetzlich verbunden erscheint, eingegangen ist, Bopp a. a. O. Bd. VII. S. 215. Anm. 2., und welcher zuweilen auch überflüssig werden kann, wenn nämlich der Implorant schon auf andere Weise den Urkundenbesitz des Imploraten wahrscheinlich gemacht hat; Glück Thl. XXII. §. 1172. Die Praxis hat durch den Editionseid allen Weiterungen abgeholfen, indem das Gesuch und der Bescheid einfach dahin geht: Implorat habe entweder zu ediren oder zu schwören, daß er die Urkunde weder besitze, noch sie arglistig von Händen gelassen habe.

Kapitel XXVII.

Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnisses.*)

§. 323.

Dig. XXII. 5. Cod. IV. 20. de testibus. Pauli sent. rec. Lib. V. tit. 15.

1) Kann derjenige, welcher eidlich versprochen hat, nicht zeugen zu wollen, gleichwohl auch in Civilsachen zur Zeugschaft gezwungen werden?
2) Welche besondere Verhältnisse befreien von der Verbindlichkeit zur Zeugschaft?

---

*) Daß hier nicht von Solennitätszeugen, welche ja erbeten werden müssen, sondern nur von Beweiszeugen die Rede seyn könne, versteht sich wohl von selbst.

3) Welche Zwangsmittel finden gegen den ohne gesetzlichen Grund sich Weigernden statt?

Zu 1) Die früher nur in Criminalsachen stattgefundene, erst von Justinian auch auf Civilsachen*) erstreckte Zwangspflicht, Zeugschaft abzulegen, kann man nicht durch eine entgegengesetzte eidliche Verpflichtung von sich abwälzen, cap. 18. u. 45. X. 2. 20. cap. 4. u. 11. X. 2. 21., Glück Thl. XXII. S. 164., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 541.

Zu 2) Gänzlich ausgeschlossen von der Zeugschaft sind

a) in Hinsicht auf das Verwandschaftsverhältniß gegenseitig Eltern und Kinder nach l. 6. C. 4. 20. — l. 9. D. 22. 5. Manche Rechtsgelehrte rechnen hierzu auch Geschwister, Eheleute und Verlobte; Glück a. a. O. S. 180., Voet Comm. ad Pand. Lib. XXII. tit. 5. §. 4. Vom Zwang zur Zeugschaft sind befreit diejenigen, welche außerdem im nahen Verhältniß der Verwandtschaft und Schwägerschaft stehen; es darf nämlich Niemand genöthigt werden, Zeugniß abzugeben gegen seine Schwiegereltern und Schwiegerkinder, gegen Stiefeltern und Stiefkinder, nicht Braut und Bräutigam gegenseitig und Blutsverwandte bis in den 7. Grad; l. 4. D. 22. 5.**) In dem Begriff von Schwiegersohn ist auch der Bräutigam der Tochter, und in dem des Schwiegervaters auch der Vater der Braut eingeschlossen; l. 5. D. 22. 5. Uebrigens wird natürlich immer eine legitime Ehe vorausgesetzt; ist aber die Ehe getrennt worden, so hört das die Zeugschaftsverbindlichkeit hindernde Verhältniß auf. Nur das aus der Affinität entstehende Ehe=

---

*) s. l. 16. u. 19. C. 4. 20. Erstere ist zwar nur eine l. restituta, aber in l. 19. wiederholt und deshalb allgemein anerkannt.

**) Eine Ausnahme hiervon in Fällen, ubi veritas aliter haberi nequit, wird zwar von Einigen und zwar in solcher Ausdehnung, daß dann selbst Kinder gegen Eltern und umgekehrt zur Ablegung der Zeugschaft gezwungen werden könnten, behauptet, v. Quistorp Grunds. d. peinl. R. Thl. II. S. 283., Tittmann Handb. d. peinl. R. Thl. IV. S. 485. Man führt daher das cap. 5. u. cap. ult. X. de testibus cogendis an; allein abgesehen davon, daß beide Stellen nur den Criminalproceß berühren, kann man darin auch die behauptete Ausdehnung auf die gesetzlich befreiten Personen nicht erkennen, weshalb ihr auch von Andern widersprochen wird; Hommel Rhaps. Vol. I. Obs. 76. u. Obs. 219. Reg. 9., Glück Thl. XXII. S. 186., Thibaut Syst. §. 1172. d. älter. Ausg.

hinderniß dauert auch dann noch fort, alle übrigen Wirkungen aber erlöschen; Glück a. a. O. S. 181. und die Citate in Anm. 31., Schweppe a. a. O. §. 610.

b) Niemand ist schuldig, gegen sich selbst zu zeugen. Die Reichsgesetze verbieten vielmehr interrogatoria criminosa, et quae turpitudinem respondentis continent; J. R. A. v. J. 1654. §. 53.

c) Durch die allgemeine Bürgerpflicht zur Zeugschaft können besondere Dienstpflichten, welche ihr entgegenstehen, nicht aufgehoben werden, daher Rechtsfreunde die ihnen von ihrer Partei anvertrauten Geheimnisse nicht weiter sagen dürfen; l. ult. D. 22. 5. — cap. ult. 2. 10. in VIto. Der Wortlaut des zuerst angeführten Gesetzes umfaßt auch überhaupt Geschäftsführer, Linde Zeitschr. Bd. I. S. 285., indessen verstehen Andere unter dem Ausdruck exsecutores negotiorum in leg. cit. gerichtliche Beamte oder Deputirte, welche den Parteien in einer anhängigen Streitsache und für dieselbe angewiesen worden seyn sollen; Heffter Instit. d. Civilproc. S. 205. Anm. 20. — Ein Priester darf dasjenige, was ihm unter dem Siegel der geistlichen Amtsverschwiegenheit anvertraut worden ist, Niemandem offenbaren und selbst der Obrigkeit nicht anzeigen; er darf auch nicht wegen dessen, was ihm in der Beichte eröffnet worden ist, zum gerichtlichen Zeugniß angehalten werden, cap. 13. X. de excessib. praelat. (5. 31.), Pertsch d. R. der Beichtstühle Abthl. II. Hauptst. 4. §. 18., Boehmer Princ. jur. can. §. 318., Glück Thl. XXII. S. 169., Andres über das Beichtsiegel ꝛc. im neuen Archiv d. Criminalr. Bd. I. S. 568. Die Grundsätze der Katholiken und Protestanten weichen nur darin von einander ab, daß bei Ersteren sich das Beichtsiegel auf alle schon begangene und noch zu begehende Verbrechen erstreckt, bei den Protestanten aber sich auf die bereits begangenen beschränkt; Eichhorn Grundſ. d. Kirchenr. Bd. II. S. 293., Boehmer J. E. P. T. V. Lib. V. tit. 38. §. 50.

Zu 3) Die neuere Praxis erkennt nur Geld- und Gefängnißstrafen als anwendbar; sind diese fruchtlos, so fehlt es dem Willen der Justiz am Vollbringen. Nur particularrechtlich kommt es vor, daß der Ungehorsame demjenigen, welcher auf sein Zeugniß bauen wollte, zur Schadloshaltung verbunden wird, und zwar entweder nach richterlicher Aestimation, Voet Comm. ad Pand. Lib. XXII. tit. 5. §. 13., oder, wie die Preußische Gesetzgebung thut, in der Art, daß

angenommen wird, der Zeuge würde das wirklich ausgesagt haben, worüber sein Zeugniß verlangt wurde; s. allgem. Ger.-Ordn. Thl. I. Tit. 10. §. 183—186. Unanwendbar bliebe aber auch dieses Hilfsmittel in Fällen, wo das Interesse sich nicht auf Geldwerth reduciren läßt; Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 229.

Kapitel XXVIII.

Verbindlichkeit zur Alimentation.*)

§. 324.

Dig. XXV. 3. de agnoscendis et alendis liberis, vel parentibus, vel patronis vel libertis. — Cod. V. 25. de alendis liberis ac parentibus.

1) Sind mehrere Kinder solidarisch zur Alimentation ihrer dürftigen Eltern oder Großeltern verbunden?

*) Die Eintheilung in alimenta civilia und naturalia (standesmäßigen und nothdürftigen Unterhalt) hat keinen wissenschaftlichen Grund, denn auch die Nothdurft ist nach Verschiedenheit der Stände verschieden; Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 571., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 197., Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. §. 642., S. 19. Anm. 1., Heimbach in Weiske's Rechtsl. Bd. I. S. 185. — Unter den Alimenten werden begriffen: victus, l. 23. D. 34. 1. (Krankenheilung mit eingeschlossen, l. 43. l. 44. D. 50. 16.), vestitus und habitatio; l. 6. D. 34. 1. Ob unter den Alimenten auch Unterrichtskosten begriffen sind, ist streitig. Glück Thl. XXVIII. S. 54. behauptet es und führt dafür auch Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. §. 642. an, welcher aber im Gegentheil sagt: „Kosten des Unterrichts und der sonstigen geistigen Ausbildung (disciplina) werden nicht dahin gerechnet." Andere begreifen unter den Alimenten den niederen Schul- und Religionsunterricht; Voet Comm. ad Pand. Lib. XXV. tit. 3. §. 4. Studirkosten schließen fast alle Rechtsgelehrte aus; Glück a. a. O., Voet a. a. O., Schweppe a. a. O., l. 6. D. 34. 1., vergl. Bd. I. S. 479. Fr. 10. a. Daß in den röm. Gesetzen die Unterrichtskosten genau von dem Begriff der Alimente geschieden sind, ist wohl genugsam bewiesen, l. 6. D. 34. 1. — l. 6. §. 5. D. 37. 10. — l. 4. D. 27. 2., auch ist nicht entgegen l. 5. §. 12. D. 25. 3. Wo aber der Staat andere unerläßliche Anforderungen an die Erziehung des Menschen macht, ändern sich auch nothwendig die Begriffe, und nachdem der Unterschied zwischen alimenta civilia und naturalia in die Praxis übergegangen ist, pflegt man zu letzteren auch die Unterrichtskosten zu rechnen; Heimbach a. a. O. S. 185.

2) Stehen demjenigen Alimentationsbedürftigen, welcher einerseits eine Mutter, andererseits Söhne und Töchter hat, gegen jene wie gegen diese gleiche Ansprüche auf Unterhalt zu?

Man streitet auch darüber, ob nicht Proceßkosten zu den alimentis civilibus zu rechnen seyen. Glück a. a. O. S. 57. behauptet die Affirmative, und Schweppe a. a. O. §. 642. Anm. l. meint sogar, dies verstehe sich von selbst; allein die Gesetzstellen, welche man dafür anführt, l. 27. §. 3. D. 5. 2. — l. 7. C. 7. 19. — c. 11. X. de accusat. (5. 1.), handeln, wie zur folgenden Fr. 7. erhellen wird, von etwas ganz Anderem, nämlich von den Fällen, wo der Kläger dem Beklagten Alimente und Proceßkosten vorzuschießen verbunden ist, womit aber nicht gesagt ist, daß Proceßkosten im gesetzlichen Begriff der Alimente lägen. Auch der von Glück citirte Leyser Med. Sp. 84. med. 5. Sp. 313. med. 5. u. 6. wendet diese Gesetzstellen nicht im Sinne Glück's an, welcher ihnen auch nach Koch's richtiger Bemerkung a. a. O. nicht beigelegt werden kann. Eine vernünftige Gerichtspraxis spricht dafür, daß, wenn aus Anlaß eines Alimentenanspruchs das persönliche Verhältniß, auf welches derselbe gegründet wird, in Contestation kommt, summarisch verfahren, und durch ein Provisorium, welches jedoch kein unabänderliches Recht gewährt, der Noth abgeholfen werde; Schweppe a. a. O. Dies lag, wenngleich unter anderen Formen, auch schon im Geist der römischen Procedur; l. 5. §. 8. 9. 18. D. 25. 3. Mit Recht wird auch behauptet, daß kein Erkenntniß über Alimente ratione quantitatis unabänderlich sey, weil dessen Voraussetzungen wandelbarer Natur sind, daß mithin der Betrag beim Eintritt eigenen Mangels des Verpflichteten vom Richter herabgesetzt werden könne, Koch a. a. O. §. 203., Unterholzner a. a. O. S. 579., Archiv f. d. Civil- und Criminalrechtspflege der K. Preuß. Rheinprovinzen Bd. VIII. S. 18., und im umgekehrten Verhältniß auch eine Erhöhung zuläßig sey; Seuffert u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. VIII. S. 155. So kann ja die Alimentationspflicht auch ganz aufhören, wenn der alimentandus zu eigenem hinlänglichen Vermögen kommt; s. Bd. I. §. 49. zu Fr. 8. Doch ist dabei ein solches Vermögen vorausgesetzt, von welchem der alimentandus leben kann; daher ist der Vater nicht berechtigt, das in seinem Nießbrauch befindliche Vermögen der Kinder (bona adventitia) zu deren Unterhalt zu verbrauchen, um sich so der ihm obliegenden Verpflegungslast zu entledigen; l. 8. §. 5. C. 6. 61., Unterholzner a. a. O. S. 174. Anm. k. — Ob Pathenschaft eine Alimentationsverbindlichkeit mit sich bringe? s. Bd. I. §. 49. zu Fr. 3.

Die Kindbettkosten, welche der uneheliche Vater zu prästiren hat, sind nicht mit den Kindesalimenten zu verwechseln, denn jene gehören der Mutter, diese dem Kinde, daher diese auch schon vom Tage der Geburt nach der Gerichtspraxis gerechnet werden; Seuffert u. Glück a. a. O. Bd. I. S. 108. Anders lauten freilich die römischen Gesetze, denn nach l. 9. C. 8. 47. sollte die väterliche Alimentationsverbindlichkeit erst nach dem 3. Lebensjahre des Kindes eintreten, was mit der Gewohnheit der Römerinnen, ihre Kinder bis in das 3. Jahr zu säugen, zusammenhängt; Cujac. Obs. XIX. 40. — Ob gegen Alimentenforderungen Compensation zuläßig sey? s. oben im allg. Thl. Kap. VI. §. 247. zu Fr. 5.

3) Wem liegt im Fall der Ehescheidung die Alimentation der Kinder ob?

Die Frage: ob die Alimentationspflicht auch auf die Erben übergehe, ist im Bd. I. §. 49. zu Fr. 26. in Beziehung auf das Verhältniß des Vaters zu seinem unehelichen Kind in Betrachtung gezogen worden. Gegen die dort vertheidigte Meinung, daß man dem Erben auch dann, wenn man diese Verbindlichkeit nicht als eine Delictsobligation, sondern als obligatio ex lege vel ex moribus betrachtet, mit Recht anmuthe, dieselbe gleich jeder anderen aus dem Gesetz entspringenden civilrechtlichen Verbindlichkeit, soweit die Erbschaft reicht, aus dem ererbten Vermögen zu bestreiten, wird zwar von Heerwart im civil. Archiv Bd. XIV. S. 441. u. Koch a. a. O. Bd. III. §. 203. eingewendet, daß keineswegs alle civilrechtlichen Verbindlichkeiten passiv auf die Erben übergehen, allein Regel ist es doch, und es wird von den Dissentienten kein Grund angegeben, aus welchem bei dieser Verbindlichkeit die Natur derselben dem passiven Uebergang entgegenstehen sollte. Zudem ist wegen dieser Verbindlichkeit auch meistens actio ex judicato gegen die Erben des Verpflichteten begründet. Die Praxis nimmt auch wohl allgemein an, daß die unehelichen Kinder die ihrem verstorbenen Vater obgelegene Alimentenleistung aus dessen Nachlaß fortwährend fordern können. Außer den bereits Angeführten s. auch Busch Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen §. 259., Mevius Dec. P. V. dec. 59. P. VI. dec. 317. no. 5., Eisenhart Rechtshändel Thl. VI. no. 4., Curtius Handb. des in Chursachsen geltenden Civilr. §. 154., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Thl. IV. no. 70., Lindner D. de obligat. alendi liber. illegit. §. 25. In Ansehung der Concubinenkinder (naturales liberi) bestimmt Nov. 89. c. 12. §. 6. ausdrücklich, daß dieselben aus dem Nachlaß ihres verstorbenen Vaters ernährt werden sollen. Verschieden hiervon ist das Verhältniß in Ansehung des Alimentenanspruchs ehelicher Kinder gegen ihren Vater. Der Erzeuger eines unehelichen Kindes hat nämlich durch die Thatsache der Erzeugung eine wahre mit keiner weiteren persönlichen Relation zu dem Kinde rechtlich verbundene selbständige Obligation contrahirt, dagegen bei dem ehelichen Vater das Familienband die Grundlage dieser Verbindlichkeit ist, daher sie sich rein an den Status knüpft, und wenn dieser sich endigt, nothwendig aufhören muß. Hierüber, sowie über den in l. 5. §. 17. D. 25. 3. enthaltenen Ausnahmsfall s. Bd. I. §. 66. zu Fr. 14. — Ob ein Vergleich über künftige Alimente gelte? s. Bd. I. §. 49. zu Fr. 15. und oben Kap. XXI. §. 316. zu Fr. 7.

Ob der uneheliche Vater unbedingt berechtigt sey, das Kind zur Selbstverpflegung von der Mutter abzufordern? s. Bd. I. §. 49. zu Fr. 9. u. 10. Denjenigen Rechtslehrern, welche dieses Recht dem Vater aus dem Grunde unbedingt zueignen, weil sie es der Pflicht zu alimentiren als nothwendig correspondirend erachten, ist noch beizuzählen: Spangenberg prakt. Erörter. Bd. I. no. 11., Kind Qu. for. T. IV. Cap. II. pag. 5., v. Hartitzsch Entscheid. no. 20. Ihre Argumentation verliert aber ihr Scheinbares bei näherer Beleuchtung; denn, wenn nach unseren Rechtsquellen das uneheliche Kind nur in Beziehung auf die Mutter ein Familienglied ist, l. 24. D. 1. 5., nur ihr daher elterliche Gewalt und kraft dieser das Erziehungsrecht zusteht,

4) Können im Concurs des Verpflichteten auch künftige Alimente für ein vom Cridar erzeugtes uneheliches Kind gefordert werden?

---

l. 1. l. 2. C. 5. 49. — l. 5. D. 27. 2. — l. 1. §. 3. l. 3. l. 4. D. 43. 30., die Ernährung aber mit der Erziehung in unzertrennlichem Zusammenhang steht, so kann, zugegeben auch, daß der Vater die Alimente eigentlich nur in natura zu reichen schuldig ist, doch dadurch, daß es ihm nicht leicht thunlich seyn würde, die Nahrungsmittel immer zeitig und in geeigneter Beschaffenheit an den rechtlich zuständigen Aufenthaltsort des Kindes zu beschaffen, das Recht der Mutter, das Kind aufzuerziehen und in mütterlicher Gewalt zu behalten, nicht alterirt werden, der Vater mag nun den ihm in der Regel viel beschwerlicheren Weg der Naturalleistung oder den convenableren und deshalb gebräuchlich gewordenen Weg des Geldbeitrags wählen. Darin stimmen übrigens die Anhänger dieser verschiedenen Meinungen zusammen, daß sie das Recht, ohne Unterschied, ob es dem einen oder dem anderen Theil zustehe, dem richterlichen und obervormundschaftlichen Ermessen darüber, ob bei diesem oder jenem die Erziehung und Verpflegung des Kindes am gedeihlichsten zu erwarten sey, unterordnen; s. außer den bereits im Bd. I. §. 49. zu Fr. 9. Angeführten auch Curtius a. a. O. Anm. a., Lindner Diss. cit. §. 10., Spangenberg a. a. O. S. 63., Koch a. a. O. Bd. III. §. 199.

Dabei ist noch die Frage zu berühren: ob dem Vater des unehelichen Kindes auch dann, wenn er sich der Mutter zu gewissen periodischen Alimentenzahlungen durch Vergleich verbindlich gemacht hat, gleichwohl noch der Rücktritt zu dem behaupteten Recht der Selbstverpflegung offen stehe? Diese Frage ist nicht minder streitig, als jene, ob dieser Rücktritt auch dann angehe, wenn bereits auf eine pecuniäre Vergütung rechtskräftig erkannt ist. Die letztere Frage ist bereits im Bd. I. §. 49. zu Fr. 10. beleuchtet worden. Diejenigen, welche sie bejahen, s. auch Koch a. a. O., sind nicht minder dazu in Ansehung der ersteren geneigt, welche indessen noch mehr zu verneinen seyn möchte; Hommel Rhaps. Obs. 416., Spangenberg a. a. O. Bd. I. S. 65. no. 3. Denn wenn man die Wirkung eines Alimenten-Judicats deswegen einschränken zu dürfen glaubt, weil es bei demselben doch eigentlich nur auf Fixirung des Alimentenquantums ankomme, und der modus alimentandi ganz im Hintergrund bleibe, so hat dieses allerdings je nach der Fassung des Erkenntnisses einigen Schein für sich, wenn man nicht anders zugestehen muß, daß Alles, was im Dispositiven des Erkenntnisses, gleichviel ob direct oder indirect, liegt, auch vim judicati haben müsse. Bei einem Vergleich aber, welchen man sich nach dem bekannten Sprüchwort als das Ende alles Haders denkt, ist schwerlich der Meinung Bornemanns in seiner Recension Spangenbergs in der Halleschen Literat. Ztg. v. J. 1833. Ergänzungsblätter no. 57. S. 453. dahin zu folgen, daß, weil ein Verzicht (auf das hier doch sehr problematische Recht) nicht vermuthet werden dürfe, im Zweifel anzunehmen sey, der Alimentationsverpflichtete habe nichts weiter gegen die Mutter eingehen wollen, als: „so lange du mein Kind ex propriis ernährst, so lange zahle ich dir jährlich so und so viel.“ Der Vergleich ist immer vom Ganzen des betreffenden Rechtsverhältnisses zu verstehen. Die Gewißheit darüber, bei wem

5) Auf welche Arten endigt sich diese Verbindlichkeit?
6) Inwiefern können gegebene Alimente wieder zurückgefordert werden?

---

das Kind zu erziehen sey, ist für Vater und Mutter gewiß nichts Unwesentliches dabei, und, einige Gewissenhaftigkeit vorausgesetzt, wohl noch mehr ein Hauptpunkt, als das Pecuniäre in der Sache. Durch die Erklärung des natürlichen Vaters, der Mutter eine bestimmte Summe jährlich für die Verpflegung des Kindes geben zu wollen, und durch deren Acceptation von Seite der Mutter ist die freilich nur indirecte, aber darum nicht minder bestimmte, mithin verbindende beiderseitige Einwilligung darüber gegeben, bei wem das Kind verpflegt werden soll. Auch sonst wird ja bei einer alternativen Verbindlichkeit, wenn der Verpflichtete sie in eine einfache verwandelt hat, dem Wahlberechtigten nicht mehr gestattet, auf die einmal aufgegebene zurückzukommen. Bornemann gesteht a. a. O. selbst zu, daß der Schwängerer, wenn er der Mutter seines unehelichen Kindes ein für allemal eine bestimmte Geldsumme loco alimentorum versprochen hat, sich von diesem Versprechen nicht wieder losmachen könne; will man nun aber, im Fall die Zahlung terminweise versprochen ward, das Gegentheil behaupten, so wird man schwerlich dem Vorwurf der Inconsequenz ausweichen können. — Ueber das dem unvermögenden Vater zustehende beneficium competentiae s. Bd. I. §. 49. zu Fr. 12.

Ob auch Geschwister einander zu ernähren verbunden seyen? s. Bd. I. §. 66. zu Fr. 9.; für die vorherrschende verneinende Meinung sind noch anzuführen: Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. I. S. 188., Boehmer novum jus controv. T. II. Obs. 150., Kind Qu. for. T. III. c. 27., Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 577., Koch a. a. O. Bd. III. §. 198. III., Popp D. de imperfecta fratrum sororumque ad se invicem alendos obligatione. Altd. 1780., vergl. Martin Jahrb. d. Gesetzgeb. u. Rechtspflege in Sachsen Bd. II. S. 231., Schlüter i. d. jur. Zeitg. f. d. Königr. Hannov. Bd. II. H. I. S. 18.; l. 1. §. 2. D. de tut. act. läßt zwar dem Vormund eines wohlhabenden Bruders die armen Geschwistern gegebenen Alimente passiren, allein hierdurch ist doch wohl nur eine Liebes- und Ehrenpflicht anerkannt, eine gesetzliche Verbindlichkeit ist aber nirgend ausgesprochen, Müller im civil. Archiv. Bd. XIII. S. 234., Sintenis Civilr. Bd. III. §. 140. Anm. 68. Die Literatur über diese Streitfrage s. Glück Thl. XXVIII. S. 235.

Ueber die subsidiäre Alimentationsverbindlichkeit der Großeltern gegen ein uneheliches Kind ihres Sohnes oder ihrer Tochter, s. Bd. I. §. 49. zu Fr. 2. Auch in der neuesten Literatur findet man fortwährend die schon bemerkte Verschiedenheit der Meinungen. Unterholzner a. a. O. S. 576. und Koch a. a. O. §. 198. halten, wenn weder der Vater noch die Mutter die Ernährung des Kindes zu bestreiten vermag, die beiderseitigen Großeltern für gleich verpflichtet. Ganz willkürlich ist die Entscheidung des O.-A.-G. zu Cassel: „der väterliche Großvater muß, wenn er reich ist, die unehelichen Kinder seines Sohnes alimentiren, kann aber seinem Sohne das dafür Ausgelegte in Rechnung bringen,“ Pfeiffer neue Samml. bemerkenswerther Erkenntnisse rc. Bd. V. Dec. 130. — Die in den Gesetzen bestbegründete Meinung, daß dem

7) In welchen Fällen muß eine streitende Partei der andern schon während des Processes die Alimente vorläufig prästiren?

---

väterlichen Großvater in keiner Weise eine Verbindlichkeit obliege (s. vorzüglich v. Bülow Abhandl. über einzelne Mat. d. bürgerl. R. Thl. II. Abth. I. S. 130., Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. I. S. 188.), ist dagegen von dem O.=A.=G. des Königr. Bayern für die Bezirke des gemeinen Rechts angenommen, Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. II. S. 393., desgleichen von dem O.=A.=G. zu Celle, s. Rüling Entscheid. no. 40. u. 61. Die K. Sächs. Gesetzgebung verpflichtet zunächst den Vater, dann die Mutter, nach dieser die mütterlichen Großeltern, und zuletzt die väterlichen Großeltern; Dec. 28. v. J. 1746. u. Mandat. d. d. 12. November 1828. §. 6., v. Hartitzsch Entscheid. no. 17., Schwarze u. Heyne Unters. prakt. wichtiger Materien S. 267. Das Preuß. Landr. Thl. II. Tit. II. §. 628. u. 629. macht die Großeltern von väterlicher Seite noch vor jenen der mütterlichen Seite verbindlich. Die Pflicht der Alimentation ehelicher Kinder betr. ist ziemlich allgemein angenommen, daß sie mehr dem väterlichen als dem mütterlichen Großvater obliege, sowie die Alimentation der Ascendenten mehr den agnatischen als den cognatischen Großkindern; l. 5. §. 1. 2. l. 8. D. 25. 3. — Nov. 117. c. 7., v. Buchholtz jur. Abh. S. 104. Anm. 18.

Die Verpflichtung eines Ehemanns zu Alimenten erstreckt sich während der Ehe zugleich auf die von der Frau aus früherer Ehe ihm zugebrachten Kinder, wenn sie vermögenslos und erwerbsunfähig sind, denn theils war er vor Eingehung der Ehe von deren Vorhandenseyn unterrichtet, theils folgt jenes unmittelbar aus seiner Pflicht die Mutter zu ernähren; Emminghaus Sächs. Pand. S. 265. no. 30. — Daß der natürliche Vater auch den im Ehebruch oder Incest erzeugten Kindern nach dem Gerichtsbrauch zur Alimentation verbunden sey, s. Bd. I. §. 49. zu Fr. 4., damit stimmen auch die neueren Schriftsteller überein, nur muß, wenn die Mutter verheirathet ist, das Kind zuvor für ein uneheliches auf Antrag des Ehemannes oder dessen Erben erklärt seyn, Koch a. a. O. §. 199., Klein Rechtssprüche der Halleschen Juristenfacultät Bd. I. S. 213. Bd. VII. S. 207., Martin Rechtsgutachten rc. Bd. I. no. 3. Ueber die Verbindlichkeit eines geständigen Concumbenten, das uneheliche Kind eines Mädchens zu ernähren, welches zur critischen Zeit mit mehreren Mannspersonen concumbirt hat, s. Bd. I. §. 49. zu Fr. 19., vergl. v. Bülow und Hagemann prakt. Erörter. Bd. II. S. 387. Eine bemerkenswerthe Ausführung des Satzes: daß auf Alimentation des unehelichen Kindes eines öffentlichen polizeilich geduldeten Mädchens eine Klage nicht stattfinde, s. Annalen des Advocaten=Vereins in Hannover Heft V. S. 142. In Ansehung der critischen Zeit ist zu bemerken, daß es für genügend erachtet wird, wenn am Endpunkt derselben die Kindesnöthen begonnen haben, wenngleich die Niederkunft noch um einige Tage, etwa wegen ungünstiger Lage des Kindes, verzögert wurde; Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. I. S. 159.

Zu 1) Es ist bestritten, ob, wenn dem Alimentationsberechtigten mehrere Verpflichtete gegenüberstehen, z. B. dem Vater mehrere Kinder, letztere solidarisch verhaftet sind, und ob der Vater seine Alimentenklage, gegen welches Kind er will, auf das Ganze richten, oder Jedes nur auf einen Beitrag verklagen kann, oder ob er Alle zusammen in Anspruch nehmen muß. Verschiedene Entscheidungen hierüber s. Lassaulx Journal für Gesetzgebung u. Rechtsgelehrs. Jahrg. I. Bd. I. S. 233. Nach der Natur des Verhältnisses stehen die mehreren Verpflichteten unter sich in keiner Verbindung, Jeder ist für sich, unabhängig vom Daseyn noch anderer Nebenverpflichteter, den Berechtigten ganz zu ernähren verbunden, welche Verbindlichkeit durch Reichung eines Theils noch nicht erfüllt würde. Dieser kann sich mithin ernähren lassen, von wem er will. Der für sich allein stehende Schuldner kann demnach aus dem Recht des Gläubigers, sich noch an Andere zu halten, keine Exception für sich hernehmen; Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 205.

Zu 2) Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 576. behauptet dies; da aber sonst der Grundsatz gilt, daß die Descendenten näher sind, als die Ascendenten, so scheint die auch im Preuß. Landr. Thl. II. Tit. 3. §. 14. 17. 18. 20. angenommene Entscheidung, daß die Descendenten zunächst verbunden sind, richtiger, Koch a. a. O. §. 198.

Zu 3) Der von Vielen behauptete Satz: bei Ehescheidungen sey allemal der schuldige Theil die Kinder aus der getrennten Ehe zu ernähren verbunden,*) beruht auf einem ungetreuen Excerpt des Irnerius aus der Auth. Cod. si pater, ad l. un. C. divortio facto apud quem (5. 24.). Auf die Verbindlichkeit die Kinder zu ernähren, ist vielmehr die Frage, welcher Theil an der Ehetrennung schuldig oder unschuldig sey, ohne allen Einfluß, sondern nur auf den modus der Erfüllung dieser Verbindlichkeit, so nämlich, daß, wenngleich immer dem Vater zunächst die Erhaltung der Kinder obliegt, doch ein Unterschied gemacht werden muß, ob er oder die Mutter der schuldige Theil ist, indem er im ersten Fall die Kinder der Mutter, so lange sie nicht zur zweiten Ehe schreitet, zur Erziehung auf seine Kosten überlassen muß, im zweiten Fall aber sie bei sich behalten kann, und

*) S. die in Glück Thl. XXVII. S. 106. Anm. 4. citirten Schriftsteller, worunter aber der angeführte Thibaut nicht mehr zu zählen ist, nachdem er seine in den älteren Ausgaben seines Systems d. P.=R. aufgestellte Behauptung in der Folge berichtigt hat, s. §. 362. Anm. l. der 8. Ausg. u. §. 757. d. 9. Ausg., Wernher Obs. P. I. obs. 134. no. 10.

nur wenn die Mutter reich, er aber arm ist, mithin auf sie die Last der Ernährung der Kinder fällt, ihr dieselben auch zu sich zu nehmen nicht versagt werden darf, Nov. 117. c. 7., Glück Thl. XXVII. S. 103. und die in Anm. 2. citirten Schriftsteller; Koch a. a. O. §. 198. und Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. I. S. 188.

Zu 4) Die erst nach eröffnetem Concurs anfälligen Alimente kommen bei der Concursmasse nicht in Berücksichtigung, vielmehr sind dafür, wenn sie vom Cridar, welcher dafür immerhin Schuldner bleibt, nicht mehr erholt werden können, die nach ihm zunächst durch die Gesetze verpflichteten Personen in Anspruch zu nehmen. Die Gläubiger sind ebensowenig den unehelichen als den ehelichen Kindern des Gemeinschuldners zu etwas verbunden. Daher, wenngleich durch rechtskräftiges Erkenntniß dem alimentandus ein Recht auf eine bestimmte Größe und auf eine bestimmte Anzahl Jahre hinaus gegen den Cridar erworben ist, muß doch immer als stillschweigend vorausgesetzt werden, nicht nur, daß die Alimente wirklich anfallen werden, sondern auch daß der pro modo facultatum Verpflichtete alsdann auch noch ein Vermögen haben werde, um sie bestreiten zu können. Bona autem non intelliguntur nisi deducto aere alieno. Die einzelnen künftigen Verfalltermine sind nämlich nicht bloße Zahlungstermine einer schon vorhandenen Verbindlichkeit, sondern als einzeln bedingte Forderungen zu betrachten, l. 4. D. 33. 1. — l. 10. l. 11. 12. 20. D. 36. 2. — Nun können zwar bedingte Forderungen, welche aus Verträgen herrühren, im Concurs geltend gemacht werden, arg. l. 6. D. 42. 4. — l. 4. D. 42. 6. —, aber nicht künftige Forderungen ex lege, l. 42. D. 44. 7., Mevius Dec. P. VII. dec. 138. not. 3., Carpzov Jurispr. for. P. I. Const. 28. Def. 157., diese wenigstens dann nicht, wenn das Gesetz, welches den Anspruch gewährt, denselben ausdrücklich pro modo facultatum beschränkt, l. 5. §. 7. 10. D. 25. 3., mithin derselbe mit dieser Voraussetzung entweder steht oder fällt, denn auch die richterliche Zuerkennung der Alimente kann nur im gesetzlichen Sinn genommen werden; Claproth Einl. in sämmtl. summar. Proc. Abschn. VI. Hauptst. IV. §. 369. no. 3., v. d. Nahmer Samml. der merkw. Entscheid. des Herz. Nass. O.=A.=Ger. Bd. I. S. 77., Zu=Rhein Samml. merkw. Rechtsfälle Bayerns Bd. II. S. 282., Koch a. a. O. Bd. III. §. 203. Anm. 4., Lindner D. de onere alendi liberos illegit. §. 15., Püttmann Elem. jur. crim. §. 587. not. 7., Glück Thl. XXVIII. S. 208.

Zu 5) Die Verbindlichkeit zu alimentiren endigt sich a) durch

den Tod des Berechtigten;*) b) durch das Hinwegfallen der rechtlichen Bedingungen derselben, nämlich wenn der Verpflichtete nicht mehr im Stande ist, die Alimente neben seiner Selbsterhaltung aufzubringen, oder der Berechtigte sich selbst zu ernähren im Stande ist, wozu die Fähigkeit, wenn nicht außerordentliche Umstände obwalten, in Praxi mit dem Alter der Pubertät angenommen wird, l. 14. §. 1. D. 34. 1., Glück Thl. XXVIII. S. 205. — Ist es bestritten, ob der Alimentenkläger nicht Vermögen und Erwerbsfähigkeit genug besitze, um sich selbst zu ernähren, so muß der Beklagte, daß dies der Fall sey, beweisen, da die Alimentationspflicht nur eine subsidiäre Verbindlichkeit involvirt; Hoffmann in Linde's Zeitschr. Bd. XVI. S. 139. — c) Durch Endigung des persönlichen Verhältnisses, durch welches die Alimentationsverbindlichkeit begründet war, z. B. Ehe, Adoption. — d) Daß Undank und eine zur Enterbungsursache qualificirte grobe Beleidigung nicht zur Entziehung des nothwendigen Lebensunterhalts des alimentandus berechtigen könne (s. Bd. I. §. 66. zu Fr. 13.), hat die Gerichtspraxis wohl mit Recht, da das Familienband, als ein natürliches, keiner Vernichtung unterliegen kann, angenommen, obgleich l. 5. §. 11. D. 25. 3. für einen solchen Fall entgegengesetzt entscheidet: merito patrem filium nolle alere, quod eum detulerat. Da der alimentandus doch immer, es sey nun von entfernteren Verwandten oder vom Staat ernährt werden muß, so würde man ihm außerdem die Macht geben, durch ungerechte Handlungen die Last willkürlich auf Andere zu übertragen; Koch a. a. O. Bd. III. §. 203. Auch der Verzicht des alimentandus würde den Alimentationspflichtigen nicht liberiren, nicht allein weil derselbe contra bonos mores wäre, wie Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. S. 642. annimmt, sondern auch vorzüglich deswegen, weil der Verzicht das jus publicum lädiren würde, indem dem gemeinen Wesen daran gelegen ist, daß der alimentandus ihm nicht am Ende zur Last fallen könne; Koch a. a. O. §. 203. a. E., Struben rechtl. Bed. (ed. Spangenberg) Bd. I. S. 93., Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 575.

Zu 6) Es ist bereits im Bd. I. §. 49. zu Fr. 25. der Unterschied hervorgehoben worden zwischen dem Fall, wenn der Alimentengeber

a) das Gegebene von dem alimentandus aus dem Grund, daß er zu hinlänglichem Vermögen gelangt sey, zurückbegehrt oder
b) von einem Dritten vorzugsweise Verpflichteten Ersatz für das Geleistete fordert. — Wir haben uns dort

*) Vom Tod des Verpflichteten s. die erste Anmerkung.

zu a) gegen Thibaut, welchem auch Busch in Elvers' Themis Bd. II. S. 509. u. Koch a. a. O. Bd. III. §. 205. beistimmt, vielmehr dafür erklärt, daß auch solche Personen, welche aus einer gesetzlichen Verbindlichkeit Alimente prästirt haben, nicht durchaus vom Repetitionsrecht ausgeschlossen werden können, weil, vorausgesetzt, daß die Alimente cum animo repetendi gegeben worden sind, die nach den Gesetzen nur subsidiäre Verbindlichkeit zur Alimentation, wenn der Alimentationsberechtigte zu eigenem hinlänglichen Vermögen glangt, um daraus für Vergangenheit und Zukunft seinen Unterhalt zu bestreiten, wieder aufgehoben, und das eventuell Gegebene auch eventuell widerruflich wird. Dieser Meinung sind auch Hagemann prakt. Erörter. Bd. VI. S. 91., Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. I. S. 189., v. Hartitzsch Entscheid. no. 16. S. 17. Freilich muß aber der animus repetendi s. credendi allemal bewiesen werden, wenn derjenige, welcher etwas leistet, irgend eine bedingte oder unbedingte Verbindlichkeit zu dieser Leistung hat.

So muß man, wenn der Vater seine Tochter dotirt, annehmen, daß er damit die väterliche Pflicht erfüllt habe, wenn er gleich das Heirathsgut aus dem mütterlichen Vermögen hätte bestreiten können, s. Bd. I. §. 58. zu Fr. 17. So braucht auch der Sohn nicht die Studirkosten zu conferiren, wenn nicht der animus credendi von Seite des Vaters erwiesen ist, l. 50. D. 10. 2. Fragt man, wie der animus repetendi zu beweisen sey, so kann man wohl bloße Vermuthungen, z. B. simple Annotationen der Ausgaben für die Kinder, wie sie die Eltern zu machen pflegen, zum Beweis des animus repetendi s. credendi nicht für genügend erachten, aber ebensowenig ist es erforderlich, daß deshalb ein förmlicher Vertrag zwischen Eltern und Kindern errichtet, oder von den Eltern sogleich bei Darreichung solcher Unterstützungen protestirt und erklärt worden seyn müsse, daß die Subsidien nur vorschußweise und auf Anrechnung geschehen sollen. Jeder Act, wodurch die Eltern ihren animus repetendi auf eine unzweideutige Weise zu erkennen gegeben haben, z. B. Protestationen, Aufstellung dieser Erogationen unter die Activa von Seite der Eltern u. dergl. ist zum Beweise desselben zulässig, und es hängt sodann lediglich von der richterlichen Reflexion ab, ob und inwieweit derselbe als erwiesen anzunehmen sey, oder nicht.*) — Gegen unseren im Bd. I. a. a. O.

*) Zahlen die Eltern Schulden für den Sohn, so sind ihm diese allemal mit Recht aufzurechnen, ohne daß erst der animus repetendi bewiesen zu werden brauchte, denn dies gehört nicht zur Alimentationspflicht l. 5. §. 16. D. 25. 3., Hagemann a. a. O.

weiter aufgestellten Satz, daß da, wo Alimente ohne rechtliche Obliegenheit und nicht mit dem animus repetendi geleistet wurden, dieselben sich nur als Ausfluß der Pietät und Affection denken lassen, welcher die Zurückforderung ausschließt, wird zwar von Anderen eingewendet, dieser Satz sey nur dann richtig, wenn eine Vermuthung für den animus donandi insbesondere aus dem verwandtschaftlichen Verhältniß entspringe, im anderen Fall aber müsse der Empfänger beweisen, daß die Alimente animo donandi gegeben worden seyen; Hagemann a. a. O. S. 91., Busch a. a. O. S. 510. Allein keine der dafür angezogenen Gesetzstellen, l. 27. §. 1. l. 44. D. 3. 5., sagt etwas von dieser Beweislast, vielmehr fordern sie nicht undeutlich den Beweis des animus repetendi, l. 11. l. 15. C. 2. 19. — l. 50. D. 10. 2., daher Koch a. a. O. Bd. III. §. 205. gewiß mit Recht sich gegen diese Meinung erklärt. Den zweiten Fall

Zu b) betreffend wurde im Bd. I. §. 49. zu Fr. 25. die gewöhnliche Meinung vorgetragen, daß die Handlung des Alimentengebers sich ebensowohl unter dem Gesichtspunkt einer negotiorum gestio als einer Liberalität auffassen lasse, letztere aber, weil sie nicht präsumirt werden kann, bewiesen werden müsse. Dieser Satz soll aber nicht, wie Busch a. a. O. S. 521., Mevius P. II. dec. 18., Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. I. no. 96. thut, bis zu der Behauptung ausgedehnt werden, daß diesfalls dem, welcher die gegebenen Alimente von dem zunächst Verpflichteten vergütet verlangt, niemals der Beweis des animus repetendi obliegen könne, denn allemal muß doch der Repetent, wenn er die, wie in Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. II. S. 51. richtig bemerkt wird, allein mögliche actio negotiorum gestorum anstellen will, die Absicht, jenen zu verpflichten, darthun, l. 11. l. 15. C. 2. 19., und den Beklagten könnte erst im Gegenbeweis, wenn er die Einrede des animus donandi entgegensetzt, für diese das onus probandi treffen; Bauer Resp. Vol. I. resp. 46. pag. 194., v. Hartitzsch Entscheid. no. 16., Juristische Wochenschrift Jahrg. 1836. S. 411., Koch a. a. O. Bd. III. §. 205., Glück Thl. XXVIII. S. 215. u. 299. Indessen wird man, da die angeführten Gesetze lediglich auf die factische Beschaffenheit des Falles gesehen wissen wollen, zunächst die richterliche Reflexion walten lassen, und mit v. Hartitzsch a. a. O. annehmen dürfen, daß für den animus recipiendi solche Verhältnisse vollkommen concludent sind, wenn die Alimentenreichung aus einer temporären Nothwendigkeit und zu einer Zeit geschah, wo der eigentlich Verpflichtete schwierig zu belangen war. Einen anderen Fall erzählt v. Quistorp rechtl. Bemerk.

Bd. I. no. 96. Rudolph hatte seine Schwiegermutter 16 Jahre lang ernährt, ohne von den übrigen Geschwistern seiner Frau einen Beitrag gefordert und erhalten zu haben. Selbst bei der nach der Schwiegermutter Tode erfolgten mütterlichen Erbtheilung hatte er seines Anspruches nicht gedacht, als ihn aber einer seiner Schwäger aus einer Anleihe und Pachtung verklagte, forderte er reconveniendo ebensoviel auf des klagenden Sohnes Antheil an den mütterlichen Alimenten. Wohl mit Recht wurde dieser auch zur Zahlung seines Antheils condemnirt, denn indem eines der Kinder die an sich nicht wohl theilbare Naturallast, derentwegen sich die Mutter an jedes der Kinder nach Belieben halten konnte, auf sich nahm und 16 Jahre lang trug, lag der Begriff der negot. gestio gewiß unverkennbar in der Beschaffenheit der Sache, und eine Schenkung kann unmöglich daraus abgeleitet werden, wenn eine solidarische Verbindlichkeit von einem der mehreren Verpflichteten erfüllt worden ist; vergl. oben S. 97. im allgem. Theil Kap. III. §. 1. Fr. 2. Ein anderer Fall ist es, wenn ein Gutsübernehmer den einem andern Geschwister ausgesetzten Erbtheil längere Zeit unberichtigt und unverzinst gelassen, diesem Abfindling aber auf dem Gute die Alimentation gereicht hat, und nun hinterher eine Kostgeldforderung aufstellt, denn da ist vielmehr eine allgemeine Ausgleichung derartiger Ansprüche mit den Zinsen und Einkünften des dem Abfindling gebührenden Erbtheils nach der Natur solcher deutschrechtlicher Verhältnisse für angemessen zu erachten; s. Archiv f. d. Praxis der im Großh. Oldenburg geltenden Rechte Bd. I. S. 192.

Zu 7) Eine solche außerordentliche Verbindlichkeit wird ausnahmsweise in folgenden Fällen angenommen: a) nach l. 27. §. 3. D. 5. 2. Der arme Enkel, welcher im Testament übergangen war, hatte gegen den eingesetzten Erben die Inofficiositätsklage erhoben, und in erster Instanz obgesiegt; da nun aber sein Gegner die Appellation ergriff, so heißt es: placuit interim propter inopiam pupilli alimenta pro modo facultatum — decerni, eaque adversarium ei subministrare necesse habere usque ad finem litis. — b) Nach l. 7. C. 7. 19. soll Jemand, welcher im Besitz der Freiheit ist, aber in die Knechtschaft vindicirt wird, und zugleich auf Zurückgabe der ihm fortgenommenen Sachen klagt, wenn er sonst nichts weiter hat, aus den zu sequestrirenden Sachen die Proceßkosten und Alimente erhalten. — c) In cap. 11. X. de accusat. (5. 1.) ist bestimmt, daß ein Mönch, welcher seinen Abt verklagt, und vermögenslos ist, aus den Mitteln des Klosters die nöthigen Proceßkosten erhalten soll. — d) Gewissermaßen gehört hierher auch der Fall der missio in bona ex edicto Carboniano. Wenn näm-

lich einem Unmündigen die Eigenschaft als Kind des Erblassers bestritten, die Entscheidung dieses Streits aber bis zu seiner erlangten Mündigkeit aufgeschoben wird, so gibt ihm der Prätor schon jetzt die seinem Erbanspruch angemessene bonorum possessio, und wenn auch derjenige, welcher ihm den Streit erregt, zugleich mit ihm in Besitz gesetzt ist, so müssen dem Unmündigen doch nicht nur die Alimente, sondern auch die zu seinen Studien und anderen nothwendigen Kosten erforderlichen Unterstützungen nach Maßgabe der Kräfte des Nachlasses verabfolgt werden, l. 6. §. 4. u. 5. D. 37. 10., und er erhält die Alimente auch ohne Caution und ohne Restitutionsobliegenheit; Puchta Pand. §. 520. (Ed. 2.) — e) Im Ehescheidungsproceß ist der Mann verbunden, der Ehefrau die Unterhalts- und Proceßkosten vorzuschießen; Leyser Sp. 313. med. 5. u. 6., Hennig von Alimenten der Eheleute und Kosten während des Scheidungsprocesses, vergl. Leyser Sp. 84. med. 4—9. 11. u. 12. de sumtibus litis ab adversario suppetitandis.

Anmerkung: Gründe zur Alimentationsverbindlichkeit finden sich außerdem: a) Im ehelichen Verhältniß, wo in Praxi angenommen wird, der Mann sey der Frau, wenn er von ihr eine Mitgift erhalten hat, zu einem dieser angemessenen Unterhalt verbunden, wogegen die Frau den Mann nur im Fall der Noth zu ernähren schuldig sey; Donell. Comm. jur. civ. Lib. XIII. c. 21., Voet Comm. ad Pand. Lib. XXV. tit. 3. §. 8., Schott Eherecht §. 182. Für die dem Manne auferlegten Alimentenzahlungen hat jedoch die Ehefrau nicht wie für ihr Heirathsgut eine stillschweigende Hypothek; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. V. Med. 296. Zieht die Frau ihr durch Verarmung des Ehemannes gefährdetes Heirathsgut zurück, so ist sie nach l. 29. C. 5. 12. verbunden, die Nutzungen zur Erhaltung ihrer selbst sowohl, als ihres Ehemannes und ihrer Kinder zu verwenden. — Nur particularrechtlich ist die Behauptung zu begründen, daß eine Wittwe während des über ihres Mannes Nachlaß ausgebrochenen Concurses Alimente fordern könne; v. Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. II. S. 159., Cod. jur. judic. Bavarici Cap. XIX. §. 19. n. 6. — b) Im Verhältniß des Patrons zum Freigelassenen. — c) Nach dem heutigen Kirchenrecht kann der verarmte Patron von der über ihr Bedürfniß begüterten Kirche Unterhalt fordern, wobei es übrigens noch streitig ist, ob dieses Recht jedem Patron ohne Rücksicht auf die Erwerbungsart des Patronats, oder nur solchen Patronen zustehe, welche dasselbe durch Fundation der Kirche erworben oder von dem Fundator nach Abstimmung ererbt haben; Koch a. a. O. Bd. III. §. 201. — d) Das

vasallitische Verhältniß. Von dem daran sich knüpfenden alimenta civilia in sich begreifenden Competenzanspruch s. oben allgem. Theil Kap. IV. §. 331. Fr. 4. — e) Die Angehörigkeit. Gemeinden sind nämlich verbunden, ihre Armen zu ernähren, s. Polizei-Ordn. v. J. 1577. Tit. 27.; sie sind aber auch berechtigt, die geleisteten Unterstützungen zurückzufordern, wenn die Empfänger zu besseren Vermögensumständen gelangt sind, v. Hartitzsch Entscheid. no. 29., Gottschalk Disc. for. T. I. Cap. 30. pag. 312., denn wo eine temporäre Verpflichtung oblag, kann man nicht die Absicht einer Schenkung annehmen. Ein Findling erlangt, solange seine Eltern unbekannt sind, seine Heimath an dem Ort, wo er gefunden wird, und muß auch von der Gemeinde dieses Orts so lange ernährt werden. Werden in der Folge seine in Armuth befindlichen Eltern bekannt, so fragt es sich, ob die Gemeinde, welcher er nun angehörig erscheint, schuldig sey, jener Gemeinde, in deren Bezirk er gefunden wurde, die bisherigen Unterhaltskosten des Findlings zu vergüten? Dies muß aber wohl verneint werden, weil seine Erhaltung als Findling eine gesetzliche Verbindlichkeit jener Gemeinde, und keine negotiorum gestio für die Gemeinde der Heimath desselben war; Seuffert u. Glück Bl. für Rechtsanw. Bd. II. S. 179.

Kapitel XXIX.

Verbindlichkeit zur Beerdigung.

§. 325.

Dig. XI. 7. de religiosis et sumtibus funerum, et ut funus ducere liceat. Cod. III. 44. de religiosis et sumtibus funerum.

1) Wem liegt die Pflicht ob, einen Verstorbenen zu beerdigen?
2) Was für ein Forderungsrecht steht demjenigen zu, welcher ohne eine gesetzliche Verbindlichkeit die Kosten der Beerdigung aufgewendet hat?
3) Inwieweit kann der Kostenaufwand als passirlich gelten?

Zu 1) Insoweit der Nachlaß des Verstorbenen zureicht, sind die Beerdigungskosten aus diesen zu bestreiten; daher wenn eine Ehefrau

außer dem Heirathsgut noch anderes Vermögen hinterlassen hat, und beides an verschiedene Personen fällt, z. B. das Heirathsgut an den Mann, und das übrige Vermögen an die Verwandten der Frau, so sind die Kosten auf beides verhältnißmäßig zu repartiren; l. 22—27. D. 11. 7. Ist eine Erbschaft nicht vorhanden, oder ist die vorhandene unzureichend, so ordnen die römischen Gesetze eine genaue Reihenfolge der Verpflichteten an, Glück Thl. XI. S. 415., Puchta Pand. §. 318. Die Gerichtspraxis hat dagegen den einfachen Grundsatz aufgestellt: wer den Verstorbenen zu ernähren verbunden gewesen wäre, ist auch die Begräbnißkosten zu tragen schuldig. Dieser Grundsatz ist indessen nur dann anwendbar, wenn die Alimentationsverbindlichkeit ex lege entsprungen ist, nicht aber, wenn sie aus einem Vertrag oder Testament herrührte; Glück a. a. O. S. 419. — Der Concursmasse eines Verstorbenen kann eine Verbindlichkeit zu den Begräbnißkosten nicht aufgebürdet werden; Dabelow vom Conc. d. Gläub. Kap. VIII., Glück a. a. O. Hat der Erblasser selbst eine Person bestimmt, welche seine Leichenbestattung besorgen soll, so ist diese zwar an sich nicht zur Uebernahme des Auftrags verbunden, l. 12. §. 4. D. 11. 7., sondern sie verliert blos das ihr dafür ausgesetzte Emolument; hat sie aber ein ihr in Beziehung auf diese Bemühung ausgesetztes Vermächtniß bereits angenommen, so wird dadurch eine Verbindlichkeit begründet. Es kann daher sowohl auf Vollziehung der Leichenbesorgung, als auch auf Zurückgabe des Empfangenen nach Wahl der Relicten geklagt werden; Glück a. a. O. S. 420. Ueber das Recht der Beerdigung entscheidet das Consistorium, über den Kostenaufwand der weltliche Richter; Glück Thl. XI. S. 450. Ob auch derjenige, welcher das Begräbniß nicht selbst besorgt, sondern das Geld dazu hergeliehen hat, die act. funer. habe, wird zwar von Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 776. verneint, dagegen von Glück a. a. O. S. 440. bejaht; s. Kap. VIII. §. 278. zu Fr. 15. Anm.

Zu 2) Der Anspruch auf Ersatz bestrittener Beerdigungskosten ist rücksichtlich des öffentlichen Interesse besonders durch die dafür eingeräumte actio funeraria begünstigt. Diese geht nämlich weiter, als durch die act. negotiorum gestorum zu erlangen wäre, und ist deshalb nur subsidiär für den Fall, wenn eine andere Klage nicht ausreicht, eingeführt worden; l. 14. §. 12. 14. 15. D. 11. 7. Der durch die act. funer. zu verfolgende Ersatzanspruch ist nämlich selbst durch ein Verbot des eigentlich Verpflichteten nicht ausgeschlossen, wofern der Kläger eine justa causa gegen das Verbot anführen kann; auch steht nicht entgegen, daß der Kläger in der Meinung, selbst verpflichtet zu

seyn, handelte, nur die Absicht zu schenken schließt die Forderung aus; l. 14. §. 6.—16. D. 11. 7. Es ist endlich auch gleichgiltig, ob man gewußt hat, wer als zu den Leichenkosten verpflichtet anzusehen sey, oder nicht; Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 657. s. oben S. 630.

Zu 3) Die Leichenkosten werden nach den Vermögenskräften und nach der Würde des Verstorbenen ermessen; l. 12. §. 5. D. 11. 7 Uebermäßige Leichenkosten dürfen selbst dann, wenn sie der Testator ohne gerechte Rücksicht auf seine Vermögenskräfte angeordnet hat, nicht aufgewendet werden; l. 14. §. 6. D. 11. 7. Kosten eines Monuments werden nicht darin begriffen, l. 37. §. 1. D. 11. 7. — l. 1. §. 19. D. 35. 2., daher auch nicht die Kosten einer Parentation; Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 206. Wenn der Vater für sein Kind Verpflegungs- und so auch Beerdigungskosten aufwendet, so wird gesetzlich vermuthet, daß er solche nicht habe zurück verlangen wollen; l. 14. §. 7. D. 11. 7., Glück Thl. XI. S. 438. Verschieden sind die Meinungen nicht allein in Ansehung der Kosten der Trauermahle, welche h. z. T. wohl meistens durch polizeiliche Verordnungen aufgehoben sind, sondern auch der Trauerkleider der nächsten Verwandten und der Bediensteten des Verstorbenen. Im Concurs läßt man sie wohl überall nicht passiren, außerdem aber lassen sie Mehrere gelten; Voet Comm. ad Pand. Lib. XI. tit. 7. §. 14., Carpzov Jurispr. for. P. I. Const. 28. def. 41., Leyser Sp. 129. med. 4. Sp. 484. med. 2., de Cramer Obs. T. IV. obs. 1011., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XI. tit. 7. §. 31. Den sächsischen Gerichtsbrauch bezeugt dafür Stryck Us. mod. Lib. XI. tit. 7. §. 68. Den gemeinen Gerichtsbrauch behauptet für Trauermahl und Trauerkleider Glück Thl. XI. S. 448., s. auch v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. III. S. 221., Claproth Einleit. in die summar. Processe §. 392. Doch wird zunächst der Ortsgebrauch berücksichtigt. — In Ansehung der Trauerkleider entsteht auch darüber zuweilen Streit, ob nur diejenigen bei den Leichenkosten in Aufrechnung kommen können, welche den Hauskindern angeschafft werden, welche der Verstorbene zu bekleiden verbunden war, oder auch diejenigen, welche emancipirte Kinder anschaffen mußten. Leyser Sp. 129. med. 4. findet die nächste Verbindlichkeit dazu in der dem Verstorbenen zu erweisenden Ehre, und will deshalb völlige Gleichheit, welche ja auch sonst im Erbrecht stattfindet, Nov. 118. c. 1., zwischen suis und emancipatis beobachtet wissen.

C. Von einzelnen Obligationen aus Delicten und delictsähnlichen Gründen.

Capitel XXX.

Beschädigungen.*)

§. 326.

1. Damnum injuria datum**) im Allgemeinen.

Inst. IV. 3. de lege Aquilia. Dig. IX. 2. ad legem Aquiliam. Cod. III. 35. de lege Aquilia.

1) Auf welchen Voraussetzungen beruht eine deshalb anzustellende Klage? und
2) wann fällt dagegen dieselbe hinweg?
3) Gegen wen findet die Klage statt?
4) Worauf ist die Klage zu richten, und wie ist der Schade zu bestimmen?
5) Da in Contractsverhältnissen die praestatio culpae verschiedene Grade hat, nach dem aquilischen Gesetz aber jede, auch die geringste Schuld zum Schadenersatz verbindet, so entsteht die Frage, ob denn das aquilische Gesetz auch in Contractsverhältnissen Anwendung finde?

Zu 1) Die Klage setzt einen am Vermögen erlittenen, demnach auch einer Schätzung fähigen Schaden irgend einer Art***) als Folge

*) Von Beschädigung durch eigenmächtige Disposition über geistige Erzeugnisse eines Andern s. Bd. II. §. 103.

**) Unterschieden von Injurien im gewöhnlichen Sinn, s. Bd. I. §. 47.

***) So nach der Praxis, welche sich von mehreren altrömischen Distinctionen freigemacht hat, wodurch auch der Unterschied zwischen der act. leg. Aquil. und act. in factum, l. 11. D. 19. 5. — l. 33. §. 1. D. 9. 2. — §. ult. J. 4. 3. überflüssig wird; Glück Thl. X. §. 701. S. 340., Stryck Us. mod. Lib. IX. tit. 2. §. 6. Demnach darf auch wohl die Streitfrage: ob nur derjenige, welcher ein dingliches, oder auch der, welcher nur ein persönliches Recht an der beschädigten Sache hat, die Schadensklage anstellen könne, vergl. Schö-

einer vorsätzlichen unerlaubten oder mit irgend welcher größeren oder geringeren*) culpa in faciendo**) verbundenen Handlung des Andern voraus. Die Klage umfaßt demnach mittelbare***), sowie unmittelbare Beschädigungen, das damnum dare, §. ult. J. 4. 3., und damni causam praestare; l. 7. §. 6. l. 11. §. 1. l. 27. §. 9. 10. 12. 29. 33. l. 29. §. 2. l. 49. pr. l. 52. §. 2. D. 9. 2. Auch derjenige,

---

mann Handb. Bd. I. S. 213., Hasse von der culpa S. 322., Zimmern System der Noxalkl. S. 10., bei Seite gelegt und vielmehr mit Thibaut System §. 623. (Ed. 8.), Glück a. a. O. S. 374. und Höpfner Instit. §. 1052. behauptet werden, daß dieselbe Jedem zustehe, welcher ein Interesse dabei hat, daß der Gegenstand nicht beschädigt werde. A. M. ist jedoch v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 681., welcher nur dem Pachter wegen der beschädigten Früchte auf dem Felde eine act. utilis ausnahmsweise, übrigens aber nur einem dinglich Berechtigten die Klage zugesteht.

*) Ein Unterschied der Grade der culpa findet bei dieser Klage nicht statt; l. 44. D. 9. 2. Eine Ausnahme hiervon ist nur beim agrimensor gemacht, insofern dieser seine Dienste nur aus Gefälligkeit zu leisten pflegte, l. 1. pr. §. 1. D. 11. 6., weshalb er auch nur für dolus und culpa lata haftete; desgleichen haftet der Schenker bis zur Uebergabe der Sache nur für dolus und culpa lata; Glück Thl. X. S. 318., v. Löhr Beiträge zu der Theorie der culpa S. 221.

**) Nicht omittendo, l. 13. §. 2. D. 7. 1. Eine Ausnahme macht nur die unterlassene Anzeige eines Vergehens oder Verbrechens, zu welcher der Mitwissende verbunden war; l. 45. pr. D. 9. 2. Mit dem Grundsatz, daß bloße Unthätigkeit nicht zur aquilischen Klage berechtigt, hängt es zusammen, daß für den Fall, wenn Jemand sein Gebäude so verwahrloset, daß es dem Nachbarhause Gefahr droht, ein eigenes Rechtsmittel durch die cautio damni infecti gegeben werden mußte. Denselben Grund hat auch die cautio usufructuaria; Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 694. Anm. b. Indessen können Unterlassungen dann zur Begründung der aquilischen Klage in Betracht kommen, wenn eine vorhergegange positive Handlung eine solche Lage hervorgebracht hat, daß nun eine positive Handlung nothwendig wird, um den daraus zu befürchtenden Schaden zu verhüten; Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 431. Anm. 1., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 312., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 3006., Glück a. a. O. S. 320. — l. 8. pr. l. 27. §. 9. l. 44. §. 1. l. 45. pr. D. 9. 2. — §. 5. 6. J. 4. 3.

***) Beispiele hiervon s. l. 7. §. 3. l. 9. §. 3. l. 27. §. 11. D. 9. 2. — l. 14. §. 1. D. 19. 5. — l. 52. §. 2. l. 53. D. 9. 2. — l. 13. pr. D. 19. 2. — §. 16. J. 4. 3. l. 51. §. 1.—4. D. 47. 2. — l. 1. §. 7. D. 9. 1. — l. 14. §. 3. D. 19. 5. — l. 6. C. 3. 35. — l. 1. §. 5. D. 9. 1. — l. 27. §. 10. l. 29. §. 5. D. 9. 2., Glück a. a. O. S. 321. Ueberall wird aber in den angeführten Gesetzen auch bei der mittelbaren Beschädigung eine culpa vorausgesetzt. Hierher gehört auch der Fall, wenn Jemand wissentlich krankes Vieh zur Gemeinweide treibt, und dadurch das andere Vieh ansteckt; Becker Samml. merkw. Rechtsfälle Bd. IV. S. 390.

welcher einem Sclaven zugeredet hat, auf ein Dach hinauf oder in einen Brunnen hinabzusteigen, haftet, wenn dieser Arme oder Beine gebrochen oder gar sein Leben verloren hat; l. 3. §. 1. l. 4. D. 11. 3. Unzweifelhaft steht dem Vater die Klage wegen Verletzung des Hauskindes zu; l. 5. §. 3. l. 7. pr. D. 9. 2. — l. 13. §. 4. D. 19. 2.

Ungeachtet der von Cocceji J. C. Lib. IX. tit. 1. qu. 1., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 681. und Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 700. ausgesprochenen verneinenden Meinung, ist es wenigstens nach neuerem Recht und dem auch von Unterholzner anerkannten Gerichtsbrauch nicht wohl zu bezweifeln, daß der Wittwe und den unversorgten Kindern eines Getödteten aus dem Vermögen des Todtschlägers, soweit ihr eigenes Vermögen nicht zu ihrem standesmäßigen Unterhalt hinreicht, v. Hartitzsch Entscheid. no. 353., Struben rechtl. Bed. Bd. IV. Bed. 72., der Unterhalt gebühre, s. Emminghaus ad Cocceji l. c. not. x., Glück Thl. X. S. 341. und die übrigen Citate in Anm. 13.; [auch das O.-A.-G. zu Wiesbaden hat der Wittwe diesen Anspruch nach allgemeiner „Praxis" zuerkannt: Seuffert's Archiv XI. No. 44.] — Wie lange der Getödtete außerdem gelebt haben würde, kann zwar nicht wohl bewiesen werden, es entscheidet aber darüber eine gesetzliche Vermuthung nach l. 68. pr. D. ad l. Falc. 35. 2., Emminghaus Sächs. Pand. S. 601. no. 3., Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XII. S. 253., Glück a. a. O.

Ein verübte Gewalt, welche, wenn sie von einem Andern ausgegangen wäre, als rechtmäßig anzuerkennen gewesen wäre, kann dem aquilischen Gesetz verfallen, wenn derjenige, welcher sie ausübte, dazu nicht befugt war. Z. B. es ließ sich Jemand von einem ausländischen Acciseamt verleiten, seinem der Accise-Defraudation verdächtigen Ortsnachbar nächtlicher Weile auf der Landstraße aufzupassen, sein eben mit einem Transport befrachtetes Wägelein wegzunehmen, den Knecht zu vertreiben und Alles der Accisekasse zu überliefern. Von der dieserhalb wider ihn angestellten Schadenersatzklage glaubte er sich zwar in der Art frei zu machen, daß der Accise-Defraudant es mit dem Accise-Amt auszumachen habe, allein diese Verweisung hätte nur dann stattfinden können, wenn der Beklagte unter der Superiorität des Accise-Amtes gestanden wäre; er wurde daher unter Verwerfung seiner Einrede zum Ersatz des Schadens verurtheilt, l. 37. D. 9. 2., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VII. no. 381.*)

*) Nicht nur corruptio rei, sondern auch was im Effect darauf hinausläuft, fällt unter das Aquilische Gesetz, z. B. wenn der Andere meine Sache

Obgleich die aquilische Klage gewöhnlich nur wegen Beschädigung fremder Sachen stattfindet, so lassen sich doch Fälle denken, wo selbst der seine eigene Sache vernichtende Eigenthümer einem Andern, z. B. dem Pfandgläubiger oder dem bonae fidei possessor, deshalb verantwortlich werden kann; l. 17. pr. D. 9. 2. Z. B. ein Jagdliebhaber begegnet auf der Jagd seinem Hund, der ihm bereits mehrmals entlaufen und auch dermalen wieder längere Zeit abhanden gekommen war, und im Zorn über die wiederholte Untreue des Thiers schießt er dasselbe nieder. Gleich darauf meldet sich ein Anderer als zeitiger Besitzer des Hundes, beweist, daß er denselben bona fide und justo titulo vor einigen Monaten von einem Bauer, bei dem der Hund längere Zeit gewesen, erkauft habe, und erhebt nun als bonae fidei emtor Entschädigungsansprüche gegen den vorigen Eigenthümer. v. Madei, welcher diesen in Praxi vorgekommenen Fall im civil. Archiv Bd. XXVI. S. 219. beurtheilt, erachtet, den Tödter, ungeachtet des Grundsatzes, welcher für denselben als Eigenthümer zu sprechen schien, qui jure suo utitur, nemini injuriam facere videtur, und ungeachtet dem Eigenthümer, wenn er seinen Hund vindicirt hätte, derselbe als res furtiva ohne allen Ersatz von dem Käufer zurückgegeben werden mußte, gleichwohl für schadenersatzpflichtig, denn der b. f. emtor ist nun dadurch beschädigt, daß er den ohne Zweifel gehabten Evictionsanspruch gegen seinen Verkäufer, welchen er nur in Folge einer Entwährung durch Richterspruch hätte begründen können, nicht mehr geltend machen kann, nachdem der todte Hund aufgehört hat, Gegenstand der Vindication also auch der Entwährung zu seyn. Die Möglichkeit des Regresses an seinen Verkäufer ist es also, um welche der Käufer durch die willkürliche Tödtung des Thiers durch seinen Eigenthümer gebracht worden ist. [Gegen dieses Resultat vergl. Stölzel im civilist. Archiv XXXIX. S. 69. Anm.]

Einen Unterschied in Beziehung auf Schadenersatzverbindlichkeit macht es endlich nicht, ob die positiv schädliche Handlung auf eigenem oder fremdem Grund und Boden vorging; l. 30. §. 3. l. 31. D. 9. 2., Strippelmann Samml. bem. Entscheid. d. O.-A.-G. zu Cassel

---

so mit der seinigen vermengt, daß sie schwer oder gar nicht mehr von dieser abgesondert werden kann, l. 27. §. 20. D. 9. 2. — oder es schlägt mich Jemand auf die Hand, so daß das Geld, was ich darin habe, herabfällt und verloren geht, oder er wirft meine Sachen in das Meer, oder an einen sonst unwegsamen Ort, oder er hilft meinem gefesselten Sclaven oder Thier zur Flucht; §. ult. J. 4. 3. — l. 27. §. 21. D. 9. 2. — l. 7. §. 7. D. 4. 3. — l. 14. pr. §. 2. D. 19. 5. — l. 55. D. 41. 1. — l. 51. §. 4. D. 47. 2.

Bd. III. Abth. I. no. 32. Aus diesem Grunde wurde eine Schädenklage, welche von mehreren Wieseneigenthümern gegen den Fiscus angestellt worden war, weil ihre Wiesen in Folge eines von der Staatsbehörde angelegten, im Verhältniß zum früheren Flußbett entweder zu flach gegrabenen oder ungenügend angedammten neuen Flußdurchstiches mit Sand und Gries überschwemmt worden seyen, vom O.=A.=G. zu München für zulässig erkannt; Seuffert's Archiv Bd. IV. S. 197.

[Ueber das Verhältniß des Pfandgläubigers zu demjenigen, welcher die Pfandsache beschädigt oder vernichtet, sowie über die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen dem Pfandgläubiger hier eine Klage zustehe, sind verschiedene Ansichten aufgestellt worden; Donellus Comment. XV. c. 27. spricht dem Pfandgläubiger die Aquilische Klage ab, obwohl er sie anderen dinglich Berechtigten, namentlich dem Usufructuar und Usuar einräumt. Die bei Weitem meisten Rechtslehrer aber sprechen durchgängig Jedem, welcher ein Interesse hat, oder mindestens jedem dinglich Berechtigten die Klage zu, so Lauterbach, Hellfeld, Zimmern, Mühlenbruch, Thibaut, v. Wening-Ingenheim, Schweppe, Puchta, Seuffert, einige, wie Glück u. v. Vangerow, mit der Hinzufügung, daß das vom Pfandgläubiger eingeklagte Interesse auf die Schuld abzurechnen sey, und daß deshalb der Schuldner gegen den Beschädiger nur auf soviel klagen könne, als sein Anspruch das Interesse des Gläubigers übersteige; s. Stölzel im civilist. Archiv XXXIX. S. 47.—49. Sintenis Civilr. I. §. 79. u. II. §. 125. I. geht von dem Satze aus, daß das Interesse des Pfandgläubigers sich theils im Fall der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, theils auch ohnedem herausstelle, wenn nämlich der hypothekarischen Klage nicht die exc. excussionis entgegensteht, oder wenn es sich um ein Faustpfand handelt, weil bei dessen Besitz der Gläubiger interessirt und dem Verpfänder für jeden nicht casuellen Schaden verantwortlich ist; letzternfalls müsse der Werth des Pfandes im Ganzen, sonst aber höchstens der Betrag der Forderung in Anspruch genommen werden dürfen. Genauer noch geht Stölzel a. a. O. S. 53 ff. auf die Frage ein, indem er aus l. 30. §. 1. in Verb. mit l. 17. D. 9. 2. u. mit l. 27. D. 20. 1. zunächst den allgemeinen Satz, daß dem Pfandgläubiger die legis Aquiliae actio gewährt sey, ableitet, die Fälle aber dann näher in folgender Weise bestimmt: „Der Pfandgläubiger hat gegen den, welcher die Pfandsache beschädigt oder vernichtet, eine Klage aus dem Aquilischen Gesetz bis höchstens zum Belaufe seiner Forderung, sofern er an der Beschädigung bez. Vernichtung ein wirkliches Interesse dadurch hat, daß

er nicht blos die hypothekarische Klage verliert, oder aus dem Pfande weniger als seine Forderung und nicht mehr so viel lösen kann, wie vor der Werthverminderung, sondern auch daß er die durch das Pfand gesicherte Forderung mit Wirksamkeit klagend geltend zu machen außer Stande ist. Die Klage geht gegen Jeden, welcher die beschädigende Handlung vornimmt, auch gegen den Eigenthümer der Pfandsache, gegen Letzteren jedoch nur unter der Voraussetzung, daß er zur Zeit der Beschädigung Kenntniß vom Bestehen des Pfandrechts hatte." Hieraus ergibt sich, „daß zur Begründung der Klage des Pfandgläubigers die Darlegung gehört, er könne aus der Hauptforderung wirksam gegen den Schuldner nicht vorgehen, und sofern gegen den Eigenthümer geklagt wird, der nicht verpfändet hat, dieser habe zur Zeit der Beschädigung Kenntniß vom Pfandrecht des Klägers gehabt. Denn aus ersterem Umstande allein folgt das Interesse des Klägers, und aus letzterem die widerrechtliche Handlungsweise des Beklagten, beides Momente, für deren Vorhandenseyn keine Rechtsvermuthung streitet. Es erscheint deshalb keineswegs als Einredesache, die Solvenz des Hauptschuldners oder die Möglichkeit, denselben wirksam zu belangen, oder die eigene Unbekanntschaft mit dem Pfandnexus zur Zeit der Schadenzufügung nachzuweisen."]

Zu 2) Sie fällt weg: a) Wenn derjenige, welcher den Schaden verursacht hat, einer widerrechtlichen Handlung nicht fähig ist, wie z. B. der Wahnsinnige,*) und der Unmündige, wenn er nicht als pubertati proximus schon einer culpa fähig ist; l. 5. §. 2. D. 9. 2. — l. 60. D. 6. 1., Glück Thl. X. S. 323. — b) Wenn der Schade nur einem reinen Zufall zuzuschreiben ist. Z. B. ich lege auf meinem Acker Feuer an, um meine Stoppeln zu verbrennen; thue ich dies an einem stürmischen Tage, oder gebe ich nicht Achtung, daß das Feuer nicht um sich greifen kann, so ist Verschuldung vorhanden, wenn die benachbarten Feldfrüchte beschädigt werden; wende ich aber alle nöthige Vorsicht an, und das Feuer wird durch einen plötzlichen Sturm weiter getrieben, so ist dies Zufall; l. 30. §. 3. D. 9. 2. Wenn ich meine Bäume kappe, und die Aeste da abwerfe, wo kein öffentlicher oder Privatweg ist, so wird mir der einem von mir unbemerkt Vorüber-

---

*) Zwar behaupten Viele, der Schade, welchen ein Wahnsinniger stiftet, müsse aus dessen Vermögen ersetzt werden, Wehrn Doctr. explicatr. princ. et causarum damni pag. 8.; dies ist aber gewiß unrichtig, s. l. 61. §. ult. D. 26. 7., Thibaut Versuche Bd. II. S. 210. Nur seinen Curator macht das Gesetz verantwortlich; l. 14. D. 1. 18., Hellfeld Jurispr. for. Lib. IX. it. 1. §. 695., Glück Thl. I. S. 67. Thl. X. S. 294., l. 61. D. 26. 7.

gegangenen dadurch zugestoßene Schade nicht zur Verschuldung angerechnet; l. 28. pr. §. 1. l. 31. D. 9. 2. — c) Wenn der Handelnde in seinem Recht war; z. B. der Urheber einer Schlägerei kann wider seinen Gegner, den er verwundet hat, nicht auf Entschädigung klagen, wenn dieser die Grenzen der Vertheidigung nicht überschritten hat,*) und es streitet nach der gemeinen Meinung auch die Vermuthung für ihn, daß er zu seiner Rettung und nicht aus Rache Gewalt mit Gewalt vertrieben habe; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VII. no. 351., Gaill Lib. II. obs. 110. no. 11. Die Vertheidigung kann sich auch sogar bis auf die Tödtung des Angreifers erstrecken, wenn kein anderes Mittel vorhanden war, um der Gefahr zu entgehen; l. 4. pr. §. 1. l. 5. pr. D. 9. 2. Habe ich aber bei meiner Vertheidigung einen dritten Unschuldigen beschädigt, so bin ich ex lege Aquilia tenent; l. 45. §. 4. D. 9. 2. — d) Von verantwortlicher Schadenzufügung werden auch gewisse außerordentliche Fälle ausgeschieden, wo die Rettung des Meinigen nicht ohne Aufopferung der fremden Sache möglich, und außerdem der Untergang beider voraussichtlich ist; insbesondere Selbstschutz gegen Brand, wenn ich nämlich das Nachbarhaus niederreiße, welches von den Flammen bedroht ist, damit es nicht auch mein Haus anzünden könne; l. 49. §. 1. D. 9. 2. — l. 7. §. 4. D. 43. 24.: Nullam injuriam aut damnum dare videtur aeque perituris aedibus; l. 3. §. 7. D. 47. 9., Glück a. a. O. S. 328.**) Ferner, wenn mein Schiff durch die Gewalt des Sturmes auf die Ankertaue eines anderen Schiffs getrieben worden ist, und von diesem nicht anders losgemacht werden kann, als wenn ich durch meine Schiffsmannschaft dessen Taue kappen lasse, so habe ich den Schaden nicht gut zu thun, l. 29. §. 3. D. 9. 2., und auch der haftet nicht, welcher zur Erhaltung seiner eigenen Waaren fremde über Bord wirft; l. 14. pr. D. 19. 5. — e) Ueberall findet keine Klage auf Schadenvergütung statt, wenn der Beschädigte an dem entstandenen Schaden selbst Schuld trägt.

Zu 3) Nicht allein gegen denjenigen, welcher die Beschädigung entweder angestiftet oder vollführt hat, sondern auch gegen denjenigen, welcher sie geduldet hat, während er zur Verhinderung verpflichtet

---

*) c. 12. X. 2. 13., Leyser Sp. 112. med. 2. Nach römischem Recht stünde ihm zwar in keinem Falle eine Klage zu, l. 52. §. 1. D. 9. 2. — l. 1. §. 11. D. 9. 1., aber nach canonischem und deutschem Recht, s. C. C. C. Art. 139. 140. u. 142., wird sie ihm mit obenbemerkter Ausnahme zuerkannt.

**) Bei den polizeilichen Einrichtungen unserer Tage würde jedoch bei der Gegenwart des Polizeibeamten dessen Autorität nicht umgangen werden dürfen.

war; Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 700., Seuffert's Archiv XVI. no. 220. Auch das eheliche Verhältniß schließt die Klage nicht aus; l. 27. §. 30. D. 9. 2. Ein impubes kann sich einer culpa schuldig machen, und also ex lege Aquilia auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden, wenn derselbe pubertati proximus gewesen ist; l. 23. D. 47. 2. — l. 5. §. 2. D. 9. 2. — l. 4. §. 26. D. 44. 4. — l. 111. D. 50. 17., civil. Archiv Bd. IV. S. 216., Puchta Instit. Bd. II. S. 321. Gegen die Erben ging sie nach R. R. nur, soweit sie durch den Schaden bereichert sind, wenn anders nicht der Proceß noch bei Lebzeiten des Erblassers seinen Anfang genommen hatte, §. 9. J. 4. 3. — §. 1. J. 4. 12. — l. 23. §. 8. D. 9. 2. — l. un. C. 4. 17.; die Praxis folgt aber dem canonischen Recht, und indem sie die Verbindlichkeit zum Schadenersatz als eine auf dem Vermögen des Schadenstifters haftende Schuld betrachtet, macht sie die Erben, soweit die Erbschaft reicht, verbindlich; Glück Thl. X. S. 387.

Gegen Mehrere, die den Schaden mit einander zugefügt haben, geht die Klage in solidum; Leyser Sp. 112. med. 1., v. Quistorp Grds. d. deutsch. peinl. R. §. 91., Glück a. a. O. S. 385., Seuffert's Archiv XIII. no. 144. Zwar behauptet Glück a. a. O. S. 386., der Gerichtsbrauch mache einen Unterschied zwischen Urheber und Gehilfen dahin, daß Letzterer nur insoweit verbindlich seyn soll, als seine Handlung selbst den Schaden bewirkt hat, und der Urheber zu unvermögend ist, die Genugthuung zu leisten; endlich will er den bloßen Begünstiger eines Verbrechens niemals zum Ersatz des durch dasselbe entstandenen Schadens verbunden erachten. Was nun das Erste anbetrifft, so erscheint ein solcher, nicht einmal erwiesener Gerichtsbrauch den Gesetzen durchaus widerstreitend und also verwerflich. Die Gesetze sagen vielmehr: wenn von Mehreren, die zu einem Delict zusammen gewirkt haben, derjenige, welcher es unmittelbar begangen, z. B. wer den tödtlichen Schlag zugefügt hat, ausgemittelt werden kann, so haftet dieser für den Schaden, wo nicht, so haftet ein Jeder, auch wenn sich nicht ausmitteln läßt, welcher von den Mehreren eigentlich der Erzeuger des gemeinschaftlich angestifteten Schadens war; l. 4. §. 5. D. 47. 8. — l. 11. §. 2. 4. l. 51. §. 1. D. 9. 2. Es wird hier zwischen mittelbarer und unmittelbarer, nächster oder entfernter Einwirkung nicht unterschieden, auch Hilfe und Rath nicht ausgeschlossen; §. 11. J. 4. 1. — l. 4. §. 5. D. 47. 8. Man wird daher weder behaupten können: der Gehilfe hafte blos secundär, noch, wie Mehrere glauben: es müsse zweifellos seyn, daß ohne die

Handlung des Theilnehmers am Verbrechen dieses gar nicht hätte entstehen können, oder daß seine Handlung in einem speciellen Causal-Nexus zu dem erfolgten Schaden gestanden seyn müsse, um ihn für diesen tenent zu machen, — vielmehr ist es genug, daß er zu dem Verbrechen oder Vergehen überhaupt mitgewirkt hat. Der Schade, den das Delict gestiftet hat, fällt ihm demnach zur Last, wie schädlich oder unschädlich das, was er für seine Person gethan hat, auch im concreten Fall um deswillen erscheinen mag, weil andere das Verbrechen mit ihm verübt haben, und auch ohne ihn vollbracht haben würden, oder weil seine Theilnahme nichts geschadet hat, da die Schädlichkeit des Acts schon vollendet war, als seine Theilnahme thatsächlich hinzutrat; l. 51. D. 9. 2. Würde man behaupten, daß man hinsichtlich der Schadenersatzpflicht nicht auf den Schaden zu sehen habe, den das Verbrechen mit sich gebracht hat, sondern, wenn Mehrere desselben schuldig sind, nur auf dasjenige, was die specielle Theilnahme des Einen oder des Andern geschadet hat, so würde man selbst bei gleicher Schädlichkeit in der Mitwirkung eines jeden Einzelnen die unstreitige Solidarität aufheben, für welche doch ein anderer theoretischer Grund nicht aufzufinden ist, als der, daß jedes Verbrechen schlechthin ersatzpflichtig macht, das in Hinsicht auf die eine oder andere Person sich als abgeschlossene Thatsache darstellt, sollte auch nach des Criminalrichters Ansicht in Beziehung auf die Strafbarkeit verschiedene Beurtheilung stattfinden, dem einen Mitschuldigen principale, dem andern nur accessorische Theilnahme zur Last fallen, Kritz Samml. v. Rechtsfällen Bd. III. S. 224., wogegen jedoch v. Savigny System Bd. V. S. 41. u. 50. einwendet, daß die Römer in dieser Materie häufig einen schwankenden Sprachgebrauch und Verwechslung der Entschädigung und Strafe verschulden, l. 51. D. 9. 2., und daß §. 11. J. 4. 1. — l. 11. §. 3. l. 15. §. 1. D. 9. 2. — l. 9. D. 9. 4. — l. 4. §. 5. D. 47. 8. nur Folgen aus dem Satze seyen, daß der Regel nach Jeder über die Folgen seiner eigenen strafbaren Handlung hinaus nicht verbindlich werde; s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1850. S. 351. u. 1852. S. 1.

Schwieriger ist die Frage: ob der bloße Begünstiger eines Delicts den daraus erfolgten Schaden zu ersetzen schuldig sey? Man sagt, gegen den Grundsatz: wer gewußt hat, daß ein Verbrechen begangen werden solle, und dennoch, obschon die Möglichkeit dazu vorhanden war, es nicht verhindert hat, sey ersatzpflichtig, könne nicht eingewendet werden, daß auf solche Weise dem Staatsbürger eine gar nicht ermeßbare Verbindlichkeit aufgebürdet würde, im Interesse

Anderer vorsorgend und thätig zu seyn, denn dadurch, daß er ein Verbrechen begünstige, werde er selbst Verbrecher; Kritz a. a. O. S. 225. Allein hier scheint eine petitio principii zu liegen. Selbst darüber, ob gegen den Staat außer besonderen Amtspflichten eine allgemeine Zwangspflicht des Staatsbürgers, bevorstehende strafbare Handlungen, wenn er Kunde davon erlangt, der Obrigkeit anzuzeigen, bestehe, sind die Gesetzgebungen verschieden; gemeinrechtlich ist dieses nur in Ansehung gewisser, gemeingefährlicher Verbrechen verordnet, l. 9. §. 1. D. 48. 10. — l. 5. §. 6. C. 9. 8. — l. 29. D. 48. 5. — l. 6. D. 48. 9. — l. 6. §. 8. D. 49. 16.*) In civilrechtlicher Beziehung setzen die römischen Gesetze ein besonders verpflichtendes Verhältniß voraus, wie das eines curator furiosi, l. 14. D. 1. 18., und des Herren in Ansehung seines Sclaven.**) Außerdem besteht als Regel, daß bloße Unterlassungen nicht unter das aquilische Gesetz fallen; l. 13. §. 2. D. 7. 1., Bucher Obl.-R. §. 148.

In Ansehung der weiteren Frage: ob die bloße Genehmigung einer Schadensstiftung eine Verbindlichkeit zur Entschädigung nach sich ziehe, behauptet Glück auch den Gerichtsbrauch für die Negative; aber warum sollten nicht die Gesetze vielmehr entscheiden, welche aussprechen, daß der, welcher ein begangenes Delict genehmigt, des erfolgten Schadens halber ebenso verbunden sey, wie derjenige, welcher einen Auftrag dazu gegeben hat; l. 1. §. 14. D. 43. 16. — l. 152. §. 2. D. 50. 17. Nicht leicht wird sich eine Genehmigung denken lassen, als in Beziehung zu eigenen Zwecken, daher die Gesetzgebung

---

*) Vergl. über diese Materie: Orell de poena silentii et conscientiae delicti alieni. Vit. 1742., J. H. Boehmer D. de obligat. relevandi occulta. Hal. 1748., Püttmann de crimine conniventiae. Lips. 1785. in Opusc. no. 1.

**) l. 2. pr. l. 3. l. 4. D. 9. 4., was sich aber, wie Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 542. S. 423. bemerkt, nicht auch auf Eltern und Dienstherren ausdehnen läßt. Verantwortlich für Schadensstiftungen des Gesindes sind Dienstherrschaften nach der gewöhnlichen Meinung auch nur dann, wenn sie selbst die Veranlassung dazu gegeben haben, oder ihnen vernachlässigte Aufsicht zur Last fällt, oder wenn sie wissentlich schlechtes Gesinde in Dienst genommen oder darin behalten haben; Glück Thl. X. S. 418., Stryck Us. mod. Lib. IX. tit. 4. §. 5., Leyser Sp. 113., Hommel Rhaps. Vol. V. obs. 633., v. Hartitzsch Entscheid. no. 205. Innerhalb ihres dienstlichen Berufes obligiren übrigens Dienstboten ihre Dienstherrschaften insoweit, als mandatum tacitum oder expressum angenommen werden kann; Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. VI. S. 262, vergl. oben Kap. VIII. §. 274. und §. 276.

hierin vollkommen consequent erscheint; vergl. Leyser Sp. 113. cor. 1. Sp. 534. med. 11. u. 12.

Zu 4) Die aquilische Klage richtete sich zwar ursprünglich auf Seite des Beklagten ganz nach den Pönalklagen, allein h. z. T. geht sie doch nur auf Ersatz des gestifteten Schadens, indem der Gerichtsbrauch alles Strafartige von der civilrechtlichen Verfolgung ausschließt; Heineccii Doctr. Pand. §. 194., Kritz Samml. von Rechtsfällen Bd. III. S. 223. Derselbe verwirft daher unter Andern, wie Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 700. bemerkt, die Vervielfachung des Ersatzanspruches, welche nach der Strenge der l. 11. §. 2. D. 9. 2. insofern einträte, als mehrere Theilnehmer an einer verübten Beschädigung dergestalt solidarisch haften sollen, daß die Leistung des Einen die Uebrigen nicht frei macht, und ebenso die von Mehreren, v. Hartitzsch Entscheid. no. 25., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 3009., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. IX. tit. 2. §. 24., noch behauptete Verurtheilung in das Doppelte als Strafe des arglistigen Leugnens, Glück Thl. XX. S. 384., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 702.; endlich die zwar auch noch von Manchen, z. B. Schömann Handb. d. Civilr. Bd. I. S. 231., Löhr Theorie der culpa §. 18., vertheidigten Bestimmungen des R. R., daß nicht blos der Werth, welchen die Sache zur Zeit der erlittenen Beschädigung gehabt hat, ersetzt werden müsse, sondern der höchste Werth, welchen sie, wenn ein vierfüßiges Thier getödtet wurde, im letzten Jahre, und falls irgend eine andere Beschädigung zugefügt worden ist, im letzten Monat hatte; vielmehr nimmt der Gerichtsbrauch blos auf den zur Zeit der Beschädigung bestandenen Werth der Sache Rücksicht; Höpfner Instit. §. 1060., Glück Thl. X. S. 384. no. 1. Der Affectionswerth ist ausgeschlossen. — Bei der sächlichen Beschädigung kommt übrigens nicht blos der Werth der vernichteten oder der Minderwerth der verschlechterten Sache in Betracht, sondern auch ein consecutiver Verlust, l. 21. §. 2. D. 9. 2., z. B. der durch Verlust eines Pferds aus einem Postzuge entstandene Minderwerth der übrigen, l. 22. §. 1. D. 9. 2. — §. 10. J. 4. 3.; desgleichen die Nachtheile, welche daraus erwachsen, daß man die wegen der verlorenen oder beschädigten Sache eingegangenen Verbindlichkeiten nun nicht erfüllen kann, l. 22. pr. l. 55. D. 9. 2., sowie andere Nebenkosten und Nebenverluste, die man gehabt hat; l. 23. pr. D. 9. 2. — §. 10. J. 4. 3. Doch darf nichts Ungewisses in Anschlag kommen, z. B. eine entgangene Erbschaft, so lange der letzte Wille noch widerruflich war; l. 23. §. 2. D. 9. 2. So ist

auch, wenn den Fischern Netze zerissen werden, nur der Werth der Netze, aber nicht der Werth der damit möglicher Weise zu fangen gewesenen Fische zu ersetzen; l. 29. §. 3. D. 9. 2. Kann sich der Schade bei der Zufügung noch nicht völlig äußern, so wird der gegenwärtige sogleich, der zukünftige erst dann gefordert, wenn er eintritt, wobei aber ebenfalls auf den Augenblick der Beschädigung zurückgerechnet wird; l. 21. §. 1. l. 46. l. 47. D. 9. 2. Wie aber, wenn der künftige Schade dadurch, daß die Sachen inzwischen durch einen anderen Umstand vernichtet wird, nicht mehr zur Existenz kommt? Hierüber waren die Ansichten der römischen Rechtsgelehrten verschieden. In l. 51. D. 9. 2. wird angenommen, wenn Jemand eine solche Wunde geschlagen hat, woraus mit Gewißheit zu ersehen ist, daß der Tod erfolgen werde, ein Anderer aber einige Zeit hernach durch eine Verletzung den Tod schneller herbeigeführt hat, als er nach der ersten Wunde erfolgt seyn würde, so sey Jeder als Tödter anzusehen; aber nach der — wie Schweppe röm. Priv.-R. Bd. III. §. 548. S. 434. bemerkt — neueren Gesetzstelle l. 11. §. 3. cf. l. 15. §. 1. D. 9. 2. kann, wenn z. B. ein Sclave tödlich verwundet ward, hernach aber von einem Andern getödtet wurde, dem Ersten nur die Verwundung, aber nicht der erfolgte Tod zur Last gelegt werden.*)

Die an einem freien Menschen verübte Körperverletzung verpflichtet außer zu dem im R. R. l. 13. pr. D. 9. 2. festgesetzten An-

---

*) Das Letztere wird von Mehreren als die eigentliche Ansicht des Justinianeischen Rechts behauptet; Cujac. Obs. Lib. XXVII. c. 13., v. Löhr Theorie der culpa S. 126., Schweppe a. a. O., Glück Thl. X. S. 374. Andere nehmen an, die Verschiedenheit der Entscheidungen gründe sich in der Verschiedenheit der Fälle. Man kann sich nämlich denken: Im Falle der l. 11. §. 3. cit. hatte, wenn auch ein vulnus mortiferum, doch keine absolute Letalität bei der ersten Verwundung vorgelegen, wie sie dagegen im Fall der l. 51. cit. gewiß war, s. Voet Comm. ad Pand. Lib. IX. tit. 2. §. 9., oder wie v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 681. Anm. 2. sub 2. (S. 609. der 6. Aufl.) es erklärt und überzeugend ausführt: die Verschiedenheit der Entscheidung motivirt sich zunächst durch die verschiedene Beschaffenheit der zweiten Verwundung; in dem Fall der l. 11. §. 3. cit. war nämlich die zweite Verletzung nicht bloße Verwundung, sondern unmittelbare Tödtung, alius mortifero vulnere percussit, alius postea exanimavit — da war also der Tod nicht Folge der ersten That, quia ex alio vulnere periit. Dagegen im Fall der l. 51. cit. wurde durch die zweite Verwundung der Tod nur beschleunigt (ut maturius interficeretur). Da hier beide Verwundungen zusammentreffen mußten, um den Tod gerade in der Zeit, in welcher er erfolgt ist, herbeizuführen, so sind auch beide Thäter gleichmäßig als Todtschläger anzusehen.

spruch auf die Kosten der Heilung und auf Ersatz der Versäumnisse und des Verlustes durch den für die Folge erschwerten Geschäftsbetrieb auch noch zu anderen, jenen Gesetzen, l. 3. D. 9. 1. — l. 7. D. 9. 3., Walch controv. jur. civ. pag. 697., fremd gebliebenen Vergütungen, namentlich a) zu einem Schmerzensgeld, s. C. C. C. Art. 20., Gensler civil. Archiv Bd. I. S. 145., Puchta Pand. §. 388. (Ed. 2.), welches jedoch nicht wegen jeder, sondern nur einer solchen thätlichen Mißhandlung, welche eine Kur nöthig machte, gefordert werden kann, daher auch nach der Beschaffenheit der Verwundung und der Dauer der Kur arbitrirt wird, und gewöhnlich auf den gleichen Betrag, welchen die Kurkosten ausmachen, festgesetzt zu werden pflegt; v. Quistorp Grds. d. peinl. R. Th. I. §. 337., Glück Thl. X. S. 389. Ueber die Verjährungszeit der Klage auf Schmerzensgeld sind die Meinungen der Rechtsgelehrten insofern getheilt, als die Einen sie als act. leg. Aquiliae betrachten, die Andern aber, weil diese nur auf Schadenersatz geht, sie vielmehr nach der Analogie der act. injur. aestimatoria behandeln. Die letztere Ansicht ist gegen Glück Thl. X. S. 384. vorzüglich gerechtfertigt von Gensler im civil. Archiv Bd. I. S. 147., Puchta Pand. §. 388., welcher auch das O.=A.=G. zu München gefolgt ist; s. Seuffert u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. XV. S. 175. [Ueber Genesis und Wesen der heutigen Schmerzensgeldklage sind neuerdings von Seitz Untersuchungen angestellt worden, deren Resultat ist, daß sie eine selbständige (deutschrechtliche, heutzutage freilich nur particularrechtlich begründete, doch sehr verbreitete und mit ihrer letzten historischen Wurzel in das Compositionensystem des altdeutschen Rechts zurückreichende) Privatpönalklage (s. oben Bd. III. §. 219. a. E.) wegen doloser und culposer Körperverletzungen, soweit dieselben Schmerzen verursachen, sey. Sie sey unzulässig bei Verletzung der körperlichen Integrität durch Abschneiden der Kopfhaare eines Frauenzimmers (dieser Fall würde vielmehr unter den vom Verf. sub b. unten aufgestellten Gesichtspunkt der Deformität fallen). Eine actio legis Aquiliae sey sie nicht, weil es sich nicht um einen Vermögensschaden handle, eine actio injuriarum aber gleichfalls nicht, weil der Begriff der injuria durch die deutsche Praxis des 17. Jahrh. auf das Gebiet eigentlicher Ehrverletzungen eingeschränkt worden sey. „Es bildete sich zu derselben Zeit, in welcher aus dem weiten Begriffe der römischen Injurie heraus im deutschen Criminalrechte die Ausbildung eines besonderen Delictes der Körperverletzung erfolgte, auf ganz ähnliche Weise auch im Civilrechte eine von der römischen Injurienklage selbständige Privatstrafklage wegen Körperver=

letzungen, soweit letztere Schmerzen verursachen: nämlich die Schmerzengeldklage; in jenem wurde die Körperverletzung criminell, in dieser als Privatdelict strafbar verfolgt;" Seitz Unters. üb. d. heut. Schmerzengeldklage (Erlangen 1860) S. 114. Aus dem aufgestellten Begriff folge, daß mit dieser Klage theils die actio legis Aquiliae (auf Ersatz des erlittenen Vermögensnachtheils), theils auch nach Umständen die actio injuriarum (wegen Realinjurien auf Privatstrafe wegen verletzter Ehre) cumulativ concurrire; ebendas. S. 180., ferner daß sie weder auf noch gegen die Erben übergehe; ebendas. S. 183. Den Maßstab für die Größebestimmung des Schmerzensgeldes anlangend, so soll nach Gensler Archiv f. civil. Prax. I. S. 151. die Größe der Schmerzen — entweder nach eigener Einsicht des Richters, oder durch Beiziehung von Sachverständigen — entscheidend seyn. Seitz a. a. O. S. 194. sagt: „Die Eigenschaft der Schmerzengeldklage als Strafklage führt uns zu dem Schlusse, daß die Aestimationssumme überhaupt nach denselben Grundsätzen eine Abstufung erleiden müsse, nach welchen sich die Strafen bei vollendeten Rechtsverletzungen abstufen. Es ist daher neben dem objectiven Maßstab, welcher sich nach der Größe der Schmerzen richtet, gleichmäßig der subjective zu würdigen, und derjenige, der die Schmerzen dolos verursacht, stets strenger zu bestrafen, als derjenige, der die Schmerzen blos culpos zufügt, oder der bloße Gehülfe." Außerdem sey noch das Vermögen des Beklagten (nicht aber der gesellschaftliche Rang des Verletzten: S. 211.) dabei in Anschlag zu bringen. Die Zulässigkeit des juramentum in litem wird von Seitz a. a. O. S. 197. in Uebereinstimmung mit Quistorp Beitr. II. S. 123. u. Gensler a. a. O. S. 148. verneint. Anlangend die Verjährung, so ist Seitz a. a. O. S. 204. der Ansicht, daß die Festsetzung einer kürzeren Verjährungsfrist für die prätorische Injurienklage auf so singulären, mit deren Rechtsquelle und der röm. Verfassung zusammenhängenden Gründen beruhe, daß sie unmöglich bei der deutschrechtlichen Privatpönalklage wegen Schmerzengeldes zur Anwendung kommen könne. — Uebereinstimmend mit der Ansicht von Seitz, aber abweichend von einem Ausspruch der O.-A.-G. zu Wiesbaden, welches eine besondere Schmerzengeldklage nicht anerkannte, sprach sich das O.-A.-G. zu Celle so aus: „In solchen Fällen einer Körperverletzung, in denen die Haftverbindlichkeit des Verletzers auf einem Delicte beruht, besteht für den Letzteren in Deutschland auch nach Aufnahme des röm. Rechts die Verpflichtung, dem Verletzten neben der Entschädigung eine als Schmerzengeld bezeichnete Buße zu leisten." Seuffert's Archiv XIII. No. 31. Mit der Ansicht von Seitz, daß bei Feststellung des Entschädi-

digungsbetrags sowohl der Grad des Verschuldens als auch die Größe des Vermögens des Thäters zu berücksichtigen sey, stimmt ein Erkenntniß des O.-A.-G. zu München überein; Seuffert's Archiv XV. No. 131.]

b) Zur Entschädigung für die durch Verunstaltung oder Corruption einer Person ihr zugezogenen Nachtheile, z. B. zu einer Unterhaltsvergütung, wenn sie durch eine Lähmung oder Beraubung des Gesichts zum Betrieb ihres Gewerbes mehr oder weniger außer Stand gesetzt worden ist (was indessen schon aus den römischen Gesetzen abgenommen werden kann, arg. l. 3. D. 9. 1.), Seuffert's Archiv XIV. No. 235., oder zu einer Schadloshaltung für die einem Frauenzimmer durch Verunstaltung oder einen anderen bleibenden körperlichen Defect entzogene oder sehr erschwerte Aussicht auf eheliche Versorgung;*) Quistorp Grundf. d. peinl. R. Thl. I. §. 337., Stryck Us. mod. Lib. IX. tit. 3. §. 5, Glück a. a. O. S. 389 ff. und die Citate in Anm. 68., Grolmann Grds. d. Criminalrechtsw. §. 248. Anm. b., Tittmann Handb. d. deutsch. peinl. R. Th. I. §. 171. Anm. r., Seuffert's Archiv IV. No. 4. VIII. No. 222. IX. No. 111. XII. No. 28. 29.

Zu 5) Die meisten älteren und auch viele der neueren Rechtsgelehrten, Thibaut System §. 623. a. E., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. Med. 87. und die Citate in Glück Thl. X. S. 310. Anm. 31. u. S. 311., glaubten diese Frage verneinen zu müssen, weil man ja, ohne sich selbst zu widersprechen, nicht in einem Odem sagen könne, der Contrahent sey für alle und jede Schuld, und er sey nur für einen gewissen, dem bestimmten Contract angemessenen Grad der Schuld verantwortlich. Der scheinbare Widerspruch löst sich aber vollkommen, wenn man die gesetzliche Grenze der aquilischen Klage, wie sie zur Fr. 1. gezeichnet wurde, genau festhält, und demnach zwischen einer culposen Verletzung des rechtlichen Interesse durch facta omissiva und dem damnum injuria datum durch positive schadenstiftende Handlungen

---

*) Also nicht die Deformität, sondern der durch sie entstehende Schade und Verlust ist Gegenstand der Ersatzverbindlichkeit. Unrichtig war es daher, wenn in einem gewissen Fall einem an ihrem Körper beschädigten Mädchen von zwei Instanzen für körperliche Verunstaltung 200 fl. und für verminderte Arbeitsfähigkeit besonders eine jährliche Summe von 50 Fl. zuerkannt wurde; vielmehr mußte auf eine die beiden Rücksichten erschwerter ehelicher Versorgung und erschwerten Arbeitsverdienstes umfassende, mithin durch diese zweifache Rücksicht gesteigerte Entschädigungssumme erkannt werden; vergl. Hufnagel Mittheil. aus der Praxis der Würtemb. Civilgerichte Heft I. no. 39. S. 89.

unterscheidet, und wohl im Auge hat, daß neben den aus dem besonderen Obligations-Nexus entstehenden Verbindlichkeiten auch auf diejenigen Verbindlichkeiten zu sehen ist, welche überhaupt der Mensch dem Menschen schuldig ist; v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 681. Anm. 3. sub. II.*) Schadenstiftende Handlungen müssen die ihnen eigenthümliche Verantwortlichkeit immer nach sich ziehen, sie mögen nun in oder außer einem Contractsverhältniß begangen werden. Daraus folgt, daß, wenn sie in einem Contractsverhältniß vorfallen, die act. leg. Aquil. allemal mit der Contractsklage electiv concurrirt; l. 7. §. ult. l. 18. l. 42. D. 9. 2. — l. 16. §. 5. D. 10. 2. — l. 18. §. 1. D. 13. 6. — l. 47. §. 1. l. 48. D. 17. 2. — l. 30. §. 2. l. 43. D. 19. 2., Cocceji J. C. Lib. IX. tit. 2. qu. 4., Krause D. de lege Aquil. in eos etiam, quos contractus ad exactissimam diligentiam non obligat, culpam levissimam vindicante. §. 8. Vitemb. 1757., Schömann Handb. d. Civilr. Bd. I. S. 209., v. Löhr Beiträge zur Theorie der culpa S. 219., v. Hartitzsch Entscheid. no. 25., Glück Thl. X. §. 699. S. 310. §. 703. S. 369. §. 705. no. 1. S. 385., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 364. (§. 112.), Hasse die culpa des R. R. S. 170., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 438. §. 551., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 395. z. E. Damit, daß durch die Möglichkeit eines vertragsmäßigen Anspruches die Klage aus dem aquilischen Gesetz nicht ausgeschlossen sey, ist auch Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 698. Anm. g. einverstanden, doch meint er, die vertragsmäßigen Verhältnisse müßten auf die Würdigung

---

*) Auf diese Verschiedenheit wird nicht überall genugsam geachtet, s. z. B. Schmidt hinterl. Abhandl. verschied. prakt. Rechtsmaterien, herausg. von Fazelius, Bd. II. S. 108., wo folgender Fall erzählt wird. Der Pachter einer herrschaftlichen Stuterei hielt einen Hengst zur Bespringung der Stuten, und ließ sich von denjenigen, welche ihre Stuten vom Hengst bespringen lassen wollten, ein gewisses Sprunggeld bezahlen. Nun brachte Jemand seine Stute zu diesem Zweck, und es wurden dabei die gewöhnlichen Manipulationen angewendet, aber mit so schlechtem Erfolg, daß die Ruthe des Hengstes den natürlichen Gang verfehlte und den Mastdarm der Stute durchlöcherte, woran die Stute starb. Hier wurde der Klage aus dem aquilischen Gesetz gegen den Herrn des Hengstes Statt gegeben, es war aber gewiß die Sache nur aus dem Contractverhältniß zu entscheiden. Bei einer freien Beschälung würde der eben erwähnte Erfolg nie eingetreten seyn, weil die Stute den naturwidrigen Zugang nicht geduldet haben würde; dieser Erfolg kann daher nur den Manipulationen zugeschrieben werden, deren ungeschickte oder vernachlässigte Leitung der Herr des Hengstes, als ein solcher, welcher sich des Geschäfts kundig prädicirt, zu vertreten hat.

der Schuld Einfluß haben. Dies ist auch ganz richtig, denn es liegt zuweilen in der Natur des Vertrags, daß man für gewisse Schäden nicht einzustehen hat. Z. B. bei der loc. cond. operis haftet der conductor nicht für das zu Grunde gegangene opus, wenn die fehlerhafte Beschaffenheit des vom locator gegebenen Stoffes die Ursache war; l. 13. §. 5. D. 19. 2. Da muß denn auch die act. leg. Aquil. eben so gut ausgeschlossen seyn, wenn das Gesetz den conductor liberirt, wie nach l. 27. §. 29. D. 9. 2. in dem Fall, wenn er sich im Voraus gegen Uebernahme einer Gefahr verwahrt hatte. So kann auch der Vermiether eines durch schwere Belastung verdorbenen Maulthiers zwar ex lege Aquil. klagen, l. 27. §. 23. D. 9. 2., aber wenn dem Miether im Contract ein gewisses Maß der Belastung gestattet war, und er dieses nicht überschritten hat, so fällt auch die act. leg. Aquil. weg; arg. l. 30. §. 2. D. 19. 2.: Qui mulas ad certum pondus oneris locavit etc. Es erhellt hieraus, daß etwas im Obligationsverhältniß gar keine culpa seyn kann, was es außer demselben wohl seyn könnte, dann ist aber der Stoff der lex Aquil. gar nicht gegeben; ist aber ungeachtet des Obligationsverhältnisses doch eine culpa vorhanden, dann steht der Concurrenz der aquilischen Klage nichts im Wege, v. Vangerow Pand. Bd. III. S. 574. Hierbei ist übrigens noch zu bemerken, daß, indem der Kläger zwischen der act. leg. Aquil. und der Contractsklage die Wahl hat, keine processualische Consumtion der einen durch die andere Klage eintritt, wohl aber die eine wegfällt, wenn der Kläger durch die andere Befriedigung erlangt hat, l. 18. §. 1. D. 13. 6., wenn er aber durch die aquilische Klage noch ein Mehreres erlangen kann, als ihm durch die Contractsklage zu Theil geworden ist, er dieses Mehr noch nachfordern kann; l. 7. §. 1. D. 13. 6., v. Vangerow a. a. O.

[Zusatz. Auf einem quasi delictum, d. h. der zur praesumtio juris et de jure erhobenen Annahme einer culpa beruht die actio de effusis et dejectis. Dieselbe ist eine Interessentenklage desjenigen, welcher durch ein Schütten oder Werfen aus einem Gebäude auf die Straße herab an seinem Körper oder Vermögen verletzt ist. Der Grund dieser Klage liegt theils darin, daß in den meisten Fällen der Bewohner des fraglichen Raums (Hauseigenthümer, Nutznießer, Miethsmann) entweder selbst der Thäter ist oder doch eine gewisse directe oder indirecte Schuld trägt, z. B. weil er es an der gehörigen Aufsicht, rechtzeitigen Mahnung oder Warnung hat fehlen lassen, — theils darin, daß während der auf der Straße Vorübergehende selten des Thäters gewahr wird, der Bewohner weit eher im Stande ist, den

Thäter zu ermitteln, und sich nun mit der Regreßklage (actio in factum l. 5. §. 4. D. 9. 3.) an ihm zu erholen.

Diese Begünstigung des Verletzten würde aber eine ungerechtfertigte Härte gegen den Bewohner des Raums enthalten, wenn dem Klaganspruch nicht folgende Schranken gestellt wären: 1) Die Klage leidet nur Anwendung bei Beschädigungen infolge eines dejicere oder effundere. Handlungen, welche regelmäßig mehr aus Bosheit oder Muthwillen, als aus einer gewöhnlichen Fahrlässigkeit entspringen, kann der Bewohner des Zimmers weniger leicht vorhersehen, und er ist daher auch weniger veranlaßt, solchen Handlungen durch Vorsichtsmaßregeln, wie Warnungen u. s. w., welche jedem hier weniger helfen würden, im Voraus zu begegnen. Aber ein effundere oder dejicere sind gewöhnlich fahrlässige Handlungen, welche eben tagtäglich vorkommen, und welchen daher auch meist leicht durch Aufsicht und Warnung vorgebeugt werden kann. Demnach würde, wer durch einen Schuß aus dem Fenster verletzt ist, jene Klage nicht haben; aber auch der nicht, welcher durch gezielte Steinwürfe (jactare nicht dejicere) verletzt ist, wie in einem Falle geschehen war, wo der Vater eines 7jährigen Knaben klagte, welcher unter dem Fenster spielend von einem anderen Knaben wiederholt mit Würfen von Scherben geneckt und am Auge verletzt worden war. 2) Die Klage setzt weiter voraus eine gewisse Eigenschaft der Oertlichkeit, wo der Verletzte sich befand; sie ist nämlich nicht berechnet auf solche Orte, wo keine regelmäßige und öffentliche Passage ist; mithin ist die Klage nicht statthaft rücksichtlich eines zwischen Haus und Straße gelegenen Hofraums, selbst wenn derselbe nicht durch Einfriedigung von der Straße getrennt seyn sollte, wiewohl dieser Hofraum von den Hausbewohnern und den sonst im Hause Ein- und Ausgehenden öfters begangen wird. Für solche Personen tritt nicht dasselbe Maaß von Rücksichten ein, wie für das größere Publikum; sie sind mehr zur eignen Vorsicht aufgefordert, pflegen mit den Sitten und Eigenheiten der Hausbewohner näher bekannt zu seyn und sind meistens auch in der Lage, den Thäter rasch auszumitteln. — In diesem Sinne hat das O.-A.-G. zu Darmstadt erkannt mit gerechter Berücksichtigung des außerordentlichen Charakters der actio de effusis et dejectis, deren Aufstellung insbesondere auch durch den Mangel öffentlicher Polizeieinrichtungen, wie wir sie genießen, bedingt war. Hess. Archiv f. prakt. Rechtswiss. VI. S. 24—32.]

§. 327.

2. Beschädigung durch Thiere.*)

Inst. IV. 9. Dig. IX. 1. si quadrupes**) pauperiem fecisse dicatur. — Inst. IV. 8. Dig. IX. 4. Cod. III. 41. de noxalibus actionibus.

1) Inwiefern fällt der durch ein Thier angerichtete Schade dem Eigenthümer des Thiers zur Last?

2) Wenn das beschädigende Thier veräußert wird, geht die Klage gegen den jetzigen oder den vorigen Eigenthümer desselben?

3) Ist auch die Pfändung des Schaden bringenden Thiers erlaubt?

4) Wenn fremdes Vieh auf mein Eigenthum getrieben wurde, kann ich dann dessen Eigenthümer unmittelbar, oder zunächst nur den Hirten belangen?

Zu 1) wenn ein wildes Thier schadet, so ist der juristische Begriff eines verantwortlichen Thierschadens (pauperies) nicht gegeben; denn schadet es im Naturstand, so ist es Sache der Menschen, sich vor ihm zu hüten, um sich nicht selbst den Schaden zuschreiben zu müssen. Hält aber ein Mensch solche Thiere an begangenen Orten, so ist der Mensch der Schadenstifter; er mag nun dem Thiere die schädliche Freiheit lassen, oder es auf unzureichende Weise anbinden, l. 40. §. 1. l. 41. l. 42. D. 21. 1., oder sonst einen Mangel an derjenigen Achtsamkeit begehen, durch welche der Schade verhütet werden konnte, immer haftet er aus dem aquilischen oder auch aus dem ädilischen Gesetz; §. ult. J. 4. 9.***) — l. 1. §. 4. 5. D. 9. 1. Läßt z. B. Jemand seine Hunde frei herumlaufen, so wird bei einem durch Hunde verübten Schaden von mehreren Rechtsgelehrten sogar eine rechtliche Vermuthung gegen ihn statuirt, daß der Schade durch seine

---

*) Von Wildschäden insbesondere s. Bd. II. §. 100. zu Fr. 29., von Schäden durch Tauben oder Bienen Bd. II. §. 101. zu Fr. 9. (vgl. Gesterding in Linde's Zeitschrift Bd. IV. S. 288.).

**) Hatte ein anderes als ein vierfüßiges Thier geschadet, so war zu demselben Zweck eine act. utilis gegeben.

***) Sciendum est, Aedilitio edicto prohiberi, ne canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habere, qua vulgo iter fit.

Hunde angerichtet worden sey, weshalb er sich davon entweder eidlich reinigen, oder den Beweis des Gegentheils führen muß; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VIII. no. 436., Stryck Us. mod. Lib. IX. tit. 1. §. 14. Zahme Thiere*) zu halten, kann an sich Niemandem zum Vorwurf gereichen, doch können auch sie ohne einige Schuld ihres Herrn oder eines Dritten Schaden thun. Thun sie es, ohne gereizt zu seyn — was ja die Schuld lediglich auf den Handelnden werfen würde — so unterscheiden die Gesetze, ob das Thier secundum naturam sui generis geschadet hat, oder contra naturam sui generis. Im ersten Fall kann, wenn es einmal erlaubt ist, zahme Thiere zu halten, oder die etwaigen polizeilichen Beschränkungen nicht überschritten worden sind, irgend eine Verantwortlichkeit nicht stattfinden.**) Sowie es Jedem überlassen bleibt, sich selbst zu wahren gegen Beschädigung von wilden Thieren, da ihnen nun einmal die Wildheit angeboren ist, l. 1. §. 10. D. 9. 1. — pr. J. 4. 9., so auch bei den zahmen Thieren, wenn auch sie secundum naturam sui generis schaden, z. B. wenn ein vom Menschen durch Unvorsichtigkeit verletztes Thier diesen hinwiederum verletzt. Kommt es aber vor, daß ein zahmes Thier contra naturam sui generis, nämlich durch eine im Allgemeinen nicht in seiner Natur liegende Bösartigkeit oder scheue Wildheit schadet, wie z. B. ein bissiger Hund oder ein stößiger Ochse u. dgl., dann muß der Herr es vertreten; vgl. Thibaut Versuche Th. II. no. 8., Gesterding in Linde's Zeitschr. Bd. IV. S. 261., Glück Thl. X. §. 692. Sehr instructiv ist hierüber der in l. 52. §. 2. D. 9. 2. behandelte Fall: es zogen zwei Maulthiere beladene Wägen einen Hügel hinauf, die Fuhrleute des vorderen unterstützten den Wagen in den Rädern, um

*) Oder, eigentlicher gesprochen: gezähmte wilde Thiere, denn alle Thiere sind in ihrem natürlichen Zustand entweder scheu oder wild, und sehen vermöge eines sehr richtigen Instincts den Menschen als ihren gefährlichsten Feind an.

**) Von dieser Ansicht ging — wie wir aus Hufnagel Mittheil. aus der Praxis der Würt. Civilger. no. 121. entnehmen — das dortige Obertribunal in einem allerdings zweifelhaften Fall aus. — Von zwei Hunden begleitet, fuhr A. in zweispännigem Wagen, und hinter ihm B. längs der Landstraße. Die Hunde des A., welche einen Hasen aufgejagt und verfolgt hatten, waren plötzlich von hinterher an die Pferde des B. und an deren Mäulern aufgesprungen, wodurch diese scheu wurden und den mit drei Personen besetzten Wagen des B. umwarfen. Ein Arm- und Beinbruch war die Folge. Der deshalb gegen den A. erhobene Schadenersatzanspruch wurde vom Obertribunal für unstatthaft erkannt, sofern A. beschwören würde, es sey ihm zuvor nicht bekannt gewesen, daß einer seiner Hunde schon einmal an fremden Pferden hinaufgesprungen sey.

den Maulthieren die Last zu erleichtern; indessen bewegte sich der Wagen rückwärts, die Führer, welche zwischen den Wägen sich befunden hatten, waren auf die Seite gegangen, nun rollte der vordere Wagen auf den hinteren, dessen rückgängige Räder einen Knaben zerquetschten. Die Entscheidung lautet: waren die Führer willkürlich auf die Seite gegangen, so können nur sie, aber nicht der Herr der Maulthiere in Anspruch genommen werden; waren die Maulthiere durch etwas scheu geworden (contra naturam fecissent) und deswegen die Führer, um nicht niedergefahren zu werden, ausgewichen, so haftet der Eigenthümer der Maulthiere; lag endlich die Schuld weder an den Führern noch an den Maulthieren, so kann weder gegen den Führer noch gegen den Eigenthümer der Thiere geklagt werden. War jedoch der Wagen überladen, so fand nach l. 1. §. 4. D. 9. 1. die act. legis Aquiliae gegen den Herrn des Fuhrwerks statt.

Als einen Ausnahmsfall von der Regel, daß der Herr des Thiers nicht dafür einzustehen habe, wenn dieses secundum naturam sui generis schadet, behandelt man gewöhnlich den Fall, wenn das Thier Früchte Anderer, entweder auf fremdem Boden, oder, wenn diese herübergefallen sind, auf eigenem Boden des Herrn wegfrißt, indem deshalb im ersten Fall die actio de pastu, im anderen eine actio in factum gegeben ist. Es waltet hier aber ein besonderer Grund ob, daß nämlich der Eigenthümer sein Vieh durch Ernährung aus fremdem Gut benützt. Si glans ex arbore tua in fundum meum cadat, eamque ego immisso pecore depascam; l. 14. §. 3. D. 19. 5. — cf. l. 6. C. 3. 35.

Wenn ein Thier, nachdem es von einem anderen Thier gereizt oder angefallen wurde, aus dieser Veranlassung Jemanden beschädigt hat, so geht die act. de pauperie nicht gegen den Herrn des letzteren, sondern des Thiers, durch welches letzteres gereizt worden war, l. 1. §. 8. D. 9. 1. — cf. l. ult. D. 9. 1. Für eine Aufreizung gilt es nicht, wenn der Hengst die Stute beriecht, olfacere non est concitare. Schlägt demnach die Stute aus, so muß der Herr der Stute denjenigen entschädigen, welchen sie verletzt hat; l. 5. D. 9. 1., Glück Thl. X. S. 280., Voet Comm. ad Pand. Lib. IX. tit. 1. §. 5. Hat ein Thier das andere angegriffen, und im Kampfe eins das andere getödtet, so kann der Eigenthümer des getödteten den Eigenthümer des anderen Thiers nur dann mit der act. de pauperie belangen, wenn das getödtete Thier das angegriffene, nicht aber, wenn es das angreifende war, l. 1. §. 11. D. 9. 1., und wenn sich dies

nicht ausmitteln läßt, so fällt die Klage ganz weg; arg. l. 45. §. 3. D. 9. 2, Voet l. c. Lib. IX. tit. 1. §. 5., Glück a. a. O. S. 281.

Zu 2) Hier gilt der Grundsatz: noxa caput sequitur. Das Thier wird gewissermaßen selbst seines Fehlers wegen verfolgt, daher die Schuld des Thiers dasselbe überall hin begleitet, wo es sich befinden mag, und von ihm auf den jedesmaligen Eigenthümer dergestalt übergeht, daß er für den Schaden gerecht werden muß, wenn er sich nicht durch Auslieferung des Thiers lösen will; l. 1. §. 12. 13. D. 9. 1. — l. 24. D. 9. 4. Wer also zur Zeit der erhobenen Klage Herr des Thiers ist, gegen den geht die act. de pauperie, auch wenn er zur Zeit des gestifteten Schadens noch nicht dessen Eigenthümer war. Sie ist aber nicht, wie Mehrere*) glauben, alternativ zu fassen, sondern schlechthin auf Ersatz des Schadens zu richten, denn die noxae deditio ist nur ein facultatives Mittel auf Seite des Beklagten, den Schadenersatz von sich abzuwenden;**) l. 6. §. 1. D. 42. 1., Glück Thl. X. S. 292. und die dort. Citate in Anm. 70. Diese Wahl verliert er jedoch: a) wenn er fälschlich geleugnet hat, daß ihm das Thier gehöre; l. 1. §. 15. D. 9. 1. — b) wenn das Thier nach der Litiscontestation***) umkommt, l. 21. pr. D. 9. 4.; doch kann er sich, wenn ein Dritter das Thier tödtete, mit Cession der aquilischen Klage gegen den Dritten helfen, l. 1. §. 16. D. 9. 1. — c) wenn sich der Beklagte fälschlich für den Besitzer des Thiers ausgegeben oder es zu besitzen dolose aufgehört hat; l. 12. l. 24. D. 9. 4.

Zu 3) Der schon im Bd. I. §. 8. zu Fr. 7. enthaltenen Bejahung dieser Frage und der Bemerkung über den Ungrund der von Mehreren, namentlich von Leyser Sp. 111. cor. 3. aufgeworfenen Behauptung, als müsse allemal das Pfand schleunig zu Gericht geliefert werden, wenn die Pfändung als rechtsbeständig gelten soll, sind noch folgende Autoritäten beizufügen: Struben rechtl. Bed.

---

*) Voet l. c. Lib. IX. tit. 1. §. 8., Malblanc Princ. jur. Rom. P. II. §. 446. u. A.

**) Daß dieses Mittel auch noch h. z. T. Statt habe, scheint nicht zweifelhaft; Höpfner Instit. §. 1171., Stryck Us. mod. Lib. IX. tit. 1. §. 4. u. 5. Das sächs. Landr. Bd. II. Art. 40. enthält die eigenthümliche Bestimmung, daß der von einem Thier angerichtete Schade schlechterdings ersetzt werden muß, wenn nicht der Eigenthümer, sobald er den Schaden erfährt, das Thier derelinquirt.

***) Stirbt dasselbe vor der Litiscontestation, ohne daß dem Beklagten eine dolose Handlung, oder bezüglich der Einlassung eine mora zur Last fällt, so erlischt die Klage; l. 1. §. 13. D. 9. 1. – l. 21. pr. l. 26. §. 4. D. 9. 4.

Th. II. Bed. 61., Danz Handb. d. deutsch. Privatr. Bd. II. §. 222 b. S. 362., Höpfner Instit. §. 1173. Anm. 3.

Zu 4) Man sollte wohl glauben, daß ich die Klage nur gegen den Eigenthümer anzustellen habe, welcher sich sofort an seinen Bediensteten halten kann, während dieser gegen mich in keinem obligatorischen Verhältniß steht; allein nach den römischen Gesetzen haftet der Hirte, und der Herr des Viehes könnte nur in subsidium belangt werden; vergl. l. 1. §. 5. D. 9. 1.: „Qui canem tenebat;" l. 8. §. 1. D. 9. 2., Glück Thl. X. S. 305., Hommel Rhaps. Vol. V. obs. 633., Gesterding in Linde's Zeitschr. Bd. IV. S. 287. Ja, Mehrere halten den Herrn des Viehs, wenn er bei der Wahl des Knechts nicht nachlässig war, für gar nicht verbunden; Richter Dec. 5. no. 29., bezüglich l. 11. pr. D. 19. 2. und l. 50. D. 50. 17. — v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 257.

---

§. 328.

3. Beschädigung durch leblose Sachen.

Dig. XXXIX. 2. de damno infecto*) et de suggrundis et protectionibus. Cod. VIII. 10. de aedificiis privatis.

1) Inwiefern ist eine Verbindlichkeit begründet, für einen durch eine leblose Sache einem Andern drohenden Schaden einzustehen, und deshalb Sicherheit zu leisten?

---

*) Daß die Lehre von der cautio damni infecti h. z. T. durch die Erweiterung des Polizeigebiets aus dem civilrechtlichen Bereich gänzlich herausfalle, läßt sich wenigstens nicht allgemein behaupten; Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 217. [Hesse Ueb. d. Rechtsverh. zw. Grundstücksnachbarn I. (1859.) S. 182. 183. sagt: „Mit Ausnahme der Besitzeinweisungen ist das Röm. Recht in allen seinen Einzelnheiten auch in Deutschland praktisches Recht geworden ... Es ist allerdings merkwürdig, daß die cautio d. i. sowohl in der Wissenschaft als auch in der Praxis lange Zeit fast vergessen gewesen zu seyn scheint ... Erst der neueren Praxis blieb es vorbehalten, die Caution aus ihrem Dunkel hervorzuziehen und ihren großen praktischen Nutzen, ja ihre Unentbehrlichkeit für das gemeine Recht in helles Licht zu stellen. Denn wenn auch bei baufälligen Gebäuden hie und da die Baupolizei Hilfe gegen drohenden Schaden schaffen kann, so ist doch schon hier der Eintritt des Schadens, ehe dem Polizeibefehl nachgekommen wird, nicht unmöglich und ein Schadenersatz dann ohne Caution nach gemeinem Recht nicht begründet. Aber es ist die Frage, ob bei allen baufälligen Gebäuden, wenn nicht Contraventionen gegen Bauordnungen vorliegen, oder Sanitäts- und andere polizeiliche Rücksichten sich geltend machen,

2) Wem steht die Cautionsforderung zu, und gegen wen?
3) Was liegt dem Imploranten zur Begründung seiner Imploration ob?
4) In welcher Art ist die Caution zu leisten, und durch Zwang zu realisiren?

Zu 1) Es wird dabei immer vorausgesetzt, daß die Gefahr drohende Eigenschaft der Sache entweder durch eine Handlung oder durch eine Unterlassung ihres Besitzers herbeigeführt werde:

A. Durch Handlungen geschieht dies gewöhnlich mittelst Errichtung eines Bauwerks, es sey nun ein Gebäude, oder eine bloße Ausladung (suggrundum), oder ein Ueberbau (protectio) oder ein Wasserbau, l. 7. pr. D. 39. 2., ein Brunnen, l. 24. §. 12. D. h. t., ein Backofen, l. 27. §. 10. D. 9. 2., eine Düngergrube, l. 17. §. 2. D. 8. 5., Wasserröhren oder Rinnen, l. 18. l. 29. D. 8. 2., u. dgl. Bei alledem ist es gleichgiltig, ob die Schadhaftigkeit, welche den Nachbar bedroht, im Fundament oder im Gebäude liegt, l. 15. §. 3. D. 39. 2., ausgenommen bei Bauwerken auf einem öffentlichen Grund, wo das vitium loci nicht, sondern nur das vitium operis verantwortlich macht; Hesse Ueb. Rechtsverhältn. zw. Grundstücksnachbarn I. (1859.) S. 78.

B. Durch Unterlassung derjenigen Sorgfalt, welche zur Beseitigung der gefährdenden Eigenschaft der Sache nothwendig ist.*) Dabei kommen

a) selbst schädliche Naturwirkungen in Betracht, aber nur insoweit, als eine mangelhafte Beschaffenheit der Sache sie zum gewöhnlichen Widerstand unfähig machte. Denn die Naturwirkungen an sich hat der Mensch nicht zu vertreten, z. B. daß ein sandiges oder sumpfiges Grundstück den Anliegern Schaden zuführen kann, ist ein bloßes vitium naturale, welches

---

polizeiliche Hilfe eintreten kann und darf, und dann gibt es außer Gebäuden noch eine Menge Gegenstände, die uns Schaden zufügen können, und nicht der polizeilichen Fürsorge unterfallen, wie Mauern, Planken, Gräben u. dergl. im Freien. Insbesondere aber sind es die großen gewerblichen und industriellen Anlagen und Werke der Neuzeit, z. B. Torfgruben, Steinkohlenabbaue, Eisenbahnen u. dergl., bei denen die cautio d. i. als ein höchst zweckmäßiges und unentbehrliches Rechtsmittel sich erweist."]

*) Dies wurde beispielsweise dem angeblich durch Locomotivfunken in Brandschaden versetzten Kläger zu beweisen aufgegeben; s. Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XXI. S. 439. Ergänz. Bl.

der Besitzer nicht zu verantworten hat; daß es Stürme gibt, welche Häuser niederwerfen und Bäume entwurzeln können, gehört zu den Unglücksfällen;*) aber wenn mein Gebäude mangelhaft construirt ist, oder durch eingetretene Schadhaftigkeit außer Stand gesetzt ist, den gewöhnlichen Natureinwirkungen Widerstand zu leisten, wenn mein Baum morsch und in diesem Zustand ein Spiel der Winde geworden ist, welche ihn nun auf des Nachbars Saaten oder auf einen Vorübergehenden mit verderblicher Gewalt werfen, so concurrirt die Schuld des Besitzers. Es wird also immer eine zu menschlicher Abhilfe geeignete Fehlerhaftigkeit der Sache vorausgesetzt, l. 18. §. 4. l. 24. §. 2. D. 39. 2., welche äußeren Einwirkungen nicht zu widerstehen vermag. Hiernach wäre die in Weiske Qu. jur. civ. in usum fori comparatae. Zwickau 1831. pag. 1. bejahend entschiedene Frage zu beurtheilen: „ob, wenn ein Felsstück auf ein benachbartes Haus oder Landgrundstück herabzustürzen droht, man von dem Eigenthümer des Landes, auf welchem sich das Felsstück befindet, cautionem damni infecti fordern könne?" Hesse a. a. O. S. 76.

b) Ich bin aber auch dann verantwortlich und zur cautio damni infecti verbunden, wenn mein Haus zwar ganz mängelfrei ist, aber an ein baufälliges Haus anstößt, durch dessen Einsturz mein Haus auf ein anderes Nachbarhaus hinübergeworfen werden kann. Quamvis possit quis dicere, non vitio incolumium aedium hoc factum, si aliae in eas incidentes damni causam praebuerunt, sed quum prospicere sibi potuerit per damni infecti cautionem, non prospexerit, merito convenietur; l. 13. §. 2. D. h. t.

c) Da es sich um nichts Positives, sondern um ein künftiges ungewisses Ereigniß handelt, so ist noch keine Forderung, sondern nur ein Anspruch auf Sicherheitsbestellung begründet. Eine Gefahr kann übrigens nur in der Vorstellung und nicht in der Wirklichkeit, sie kann aber auch in der Wirklichkeit und nicht in der subjectiven Einsicht bestehen. Die doppelte Eigenschaft kann ihr aber nicht beigelegt werden, so lange der Be-

*) Ist eine solche unvermeidliche Naturgewalt Ursache einer eingetretenen Zerstörung oder Beschädigung, so kann diese mir selbst dann nicht zur Last gebracht werden, wenn ich auch cautionem damni infecti geleistet habe, denn diese kann auf diesen Fall nicht bezogen werden, quia id nec operis nec loci vitio factum est; l. 24. §. 5. 11. D. 39. 2.

drohte selbst sie nicht declarirt; er muß daher Sicherheitsbestellung fordern, und hat er dies nicht gethan, so hat er auch keinen Entschädigungsanspruch für den in der Folge eingetretenen Schaden. Stürzt also das Gefahr drohende Haus ein, so kann der dadurch beschädigte Nachbar keine Schadenersatzklage deshalb anstellen,*) es ist ihm nur vergönnt, sich an die Materialien zu halten, welche auf seinen Grund und Boden gefallen sind, und daran ein Retentionsrecht auszuüben; l. 7. §. 2. D. 39. 2. So ist es überhaupt

d) in den Fällen, wo meine Sache dem Andern einen rein casuellen Schaden zugefügt hat. Z. B. durch eine Ueberschwemmung wird mein Vorrath an Bauholz auf die Wiese eines Andern geführt, oder durch einen Bergfall wird mein Waldstück auf die am Fuße des Bergs gelegene Wiese eines Andern versetzt. Da kann ich mein Eigenthum von ihm nicht anders fordern, als gegen Caution für den ihm dadurch entstandenen und durch die Hinwegschaffung noch zu befürchtenden Schaden.**)

Zu 2) Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cujus in bonis res est, sed etiam cujus periculo res est, wobei übrigens vorausgesetzt wird, daß er das gefährdete Gebäude nicht mit Wissen seines bedrohten Zustandes errichtet, oder die Errichtung des gefährdeten Gebäudes nicht gestattet hat, während er sie verbieten konnte, l. 13. §. 7. D. 39. 2. Unstreitig kann sie daher fordern der Eigenthümer der gefährdeten Sache, der Superficiar, l. 13. §. 8. l. 39. §. 2.

---

*) Obiger Satz gilt unstreitig als Regel, besonders bei der ruina aedium, welche der noxa gleich behandelt wird; l. un. §. 5. D. 43. 15. Daß aber ausnahmsweise bei unterbliebener Cautionsforderung der volle Schadensersatz gleichwohl in solchen Fällen, wo die Unterlassung keiner Negligenz des Gefährdeten zuzuschreiben ist, gefordert werden kann, ist aus l. 8. 9. l. 15. §. 28. D. 39. 2. — l. 27. §. 10. D. 9. 2. genugsam abzunehmen; vgl. hierüber Schneider die subsidiären Klagen S. 94., Sintenis in der deutsch. Uebers. d. Corp. jur. Bd. IV. S. 28. Anm. 23. H. z. T. scheint der Gebrauch der caut. damni infecti deswegen seltener zu seyn, weil, wenn ein Recht zur Abstellung einer gefährdenden Anlage besteht, diese sogleich vom Richter bewirkt werden kann; Strippelmann Samml. Bd. IX. no. 15. S. 199.

**) Darüber besteht zwar eine Controverse, ob die Caution auf beide Schäden sich erstrecke, oder nur auf den durch die Hinwegschaffung zu besorgenden Schaden zu beschränken sey, allein in den von uns schon im Bd. I. §. 10. zu Fr. 3. no. 7. angeführten Gesetzen ist eine solche Beschränkung nicht begründet. Damit stimmen überein Hepp die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilr. S. 74., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 678. no. IX.

D. h. t., der Usufructuar, l. 5. §. 2. l. 13. §. 8. D. h. t., der Pfandgläubiger, l. 11. D. h. t., auch der Miethsmann oder Pächter, oder sonstige Inhaber einer Wohnung in dem bedrohten Besitzthum, l. 13. §. 5. D. h. t., oder wer wegen Bewahrung einer Sache darin verantwortlich ist, l. 18. pr. D. h. t., aber nicht wer nur gelegenheitlich oder aus Vergünstigung auf dem bedrohten Besitzthum weilt, l. 13. §. 4. D. h. t., Hesse a. a. O. I. S. 80 ff. Die Frage: ob auch ein bonae fidei possessor desselben zur Cautionsforderung berechtigt sey, ist wohl gegen die bejahende Meinung Einiger, Reizenstein num b. f. possessori deneganda sit damni infecti stipulatio. Monach. 1839. pag. 29., Hesse die cautio damni infecti. Lpzg. 1838. S. 70., vielmehr nach dem bestimmten Ausspruch in l. 13. §. 9., vgl. mit l. 11. D. h. t., zu verneinen; Schweppe röm. Privatr. Bd. III. S. 534. Anm. 5., v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 678. no. II. Gegen diesen s. wieder Hesse a. a. O. I. S. 86 ff. Wer nur ein putatives Recht an der Sache hat, ist von dem, welchem ein precärer Gebrauch an derselben zusteht, kaum verschieden. — Sind Mehrere zusammen von der Gefahr bedroht, so werden sie zusammen in die Caution eingewiesen; l. 5. §. 1. l. 15. §. 18. D. 39. 2.

Das Recht auf Sicherstellung ist nicht allein gegen den Eigenthümer der Gefahr drohenden Sache begründet, l. 9. §. 5. l. 10. l. 15. §. 27. l. 22. D. h. t., sondern auch gegen den b. f. possessor, l. 13. pr. D. h. t., den Superficiar und Emphyteuta, l. 9. §. 4. l. 15. §. 26. l. 19. pr. D. h. t., den Usufructuar, l. 9. §. 5. l. 15. §. 25. l. 19. pr. D. h. t., und den Pfandgläubiger, l. 11. l. 15. §. 25. l. 19. pr. eod. Mehrere Miteigenthümer der gefährdeten Sache sind dazu pro rata verbunden; l. 27. i. f. l. 40. §. 3. D. h. t., Hesse a. a. O. I. S. 97. Ist Steit darüber, ob der Implorat Eigenthümer derselben sey, so verordnet l. 7. pr. u. l. 31. §. 1. D. h. t.: sub exceptione satisdare jubetur. cf. l. 22. §. 1. eod. — Zwischen dem Eigenthümer und dem Pachter oder Miethsmann oder Usufructuar der Sache kann eine cautio damni infecti nicht zur Sprache kommen, weil da das Vertragsverhältniß darüber entscheidet, was Einer dem Andern zu leisten hat; l. 13. §. 6. l. 18. §. 2. 4. D. h. t. Ueberhaupt ist die stipulatio damni infecti eigentlich wohl subsidiairer*)

*) Von Einigen wird zwar der Charakter der Subsidiarität bestritten, Schneider die subsid. Klagen S. 89., aber s. dagegen v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 678. no. X. 1., welcher nur Einen Ausnahmsfall in l. 18. D. 8. 2. anerkennt. Wenn es sich um eine schadhaft gewordene gemeinschaftliche Mauer handelt, sind auch die nächsten Hilfsmittel in der act. pro socio oder com-

Natur, falls dem Gefährdeten nicht ein anderes Rechtsmittel gegeben ist; Hesse a. a. O. I. S. 14 ff. Wer ein dingliches Dienstbarkeitsrecht hat, ist nur insofern zur Caution verpflichtet, als ein Schade von dem Werke droht, welches um der Dienstbarkeit willen vorhanden ist; l. 30. D. h. t. — Die Klage aus der Stipulation geht unstreitig auf und gegen die Erben und Universalsuccessoren über, l. 24. §. 1. D. h. t., nicht aber auf Singularsuccessoren, vielmehr bleibt, wenn eine Veräußerung eintritt, die Verbindlichkeit doch noch zwischen den Contrahenten bestehend, l. 17. §. 4. D. h. t., doch kann die Stipulation ausdrücklich auf Singularsuccessoren erstreckt werden; l. 24. §. 1. D. h. t.

Zu 3) Er hat sich blos zum Calumnieneid zu erbieten, daß er die Caution nicht aus Chikane verlange, und wenn er im Namen eines Andern klagt, zur eidlichen Versicherung, daß dieser ratihabiren werde; l. 7. D. h. t.

Zu 4) Die Caution wird nur promissorisch geleistet, wenn der Implorat Eigenthümer oder b. f. possessor der gefährdenden Sache, l. 13. pr. h. t., oder Servitutinhaber auf fremdem Grundstück ist, l. 13. §. 1. l. 30. D. h. t.; fidejussorisch aber muß sie geleistet werden von dem, der eigentlich alieno nomine, und von dem, welcher auf einem locus publicus, l. 7. pr. l. 15. §. 2. l. 24. D. h. t., oder sonst auf fremdem Grund ein Werk errichtet, l. 15. §. 6. h. t., namentlich vom Superficiar, l. 9. §. 4. h. t., vom Usufructuar, l. 9. §. 5. l. 10. h. t., und vom Pfandgläubiger, l. 11. l. 15. §. 25. h. t., Hesse a. a. O. I. S. 101. — Die Caution braucht aber nie auf unbestimmte Zeit geleistet zu werden, die Dauer arbitrirt der Richter praevia causae cognitione; doch kann nach deren Ablauf eine Erneuerung der Caution verlangt werden, wenn noch fernerer Grund dazu vorhanden ist; l. 4. pr. l. 7. pr. l. 13. §. ult. l. 15. pr. §. 1. D. h. t. Die Caution muß auf eine bestimmte Summe gerichtet seyn, bei der Schätzung soll aber luxuriöser Aufwand im Gebäude nicht berücksichtigt werden; l. 40. pr. h. t. Der Rechtszwang zur Sicherheitsbestellung wird gegen den Weigernden durch Besitzeinweisung des Imploranten bewirkt, und zwar zunächst durch die missio ex primo Decreto in das Schaden drohende praedium, wodurch der Implorant

muni dividundo gegeben, Bd. II. §. 91. zu Fr. 7., doch kommt zuweilen auch cautio damni infecti vor; l. 39. l. 43. §. 1. D. 39. 2. [Ueber das Verhältniß der cautio zur Negatorienklage s. Hesse Rechtsverh. zw. Grundstücksnachbarn I. S. 23 ff.]

zwar noch nicht den Besitz, aber doch ein Recht auf denselben, ein in possessione esse erlangt; nach dessen Fruchtlosigkeit tritt die missio ex secundo Decreto, welche den wirklichen Besitz überträgt, l. 7. pr. l. 15. §. 16. 21—27. D. 39. 2., aber erst nach einem durch längere Zeit bewiesenen Ungehorsam des Imploranten ein, ohne jedoch Restitution wegen legaler Abwesenheit oder Minderjährigkeit auszuschließen, l. 15. §. 22. D. h. t. Die dem missus in possessionem hierdurch zu Theil werdende b. f. possessio ist vom Eigenthum nicht wesentlich verschieden, indem der vorige Eigenthümer kein Wiedereinlösungsrecht hat; v. Vangerow a. a. O. Bd. III. §. 678. no. VII. 2., Hesse a. a. O. I. S. 121 ff. 152 ff., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 215. — Mehrere Miteigenthümer der gefährdeten Sache werden zu gleichen Theilen immittirt, ohne daß auf das größere oder geringere Maß der für den Einen oder Andern vorhandenen Gefahr Rücksicht genommen wird; l. 5. l. 15. §. 18. D. h. t., Hesse a. a. O. I. S. 156. Widersetzlichkeit gegen die Besitzeinweisung begründet neben den gewöhnlichen Rechtsmitteln, l. 4. pr. §. 1. D. 43. 4., in alternativer Concurrenz auch eine actio in factum auf so viel, als Caution hätte geleistet werden müssen. Gegen denjenigen, welcher ein Servitutrecht an der Schaden drohenden Sache hat, und gegen den Pfandgläubiger, wenn er zur Cautionsleistung fruchtlos aufgefordert worden ist, hat die missio in possessionem die nachtheilige Folge, daß die Servitut nicht weiter gegen den missus ausgeübt werden kann, und daß Pfänder und Hypotheken erlöschen, l. 15. §. 24. 25. D. h. t.

---

§. 329.

4. Beschädigung durch Amtshandlungen der Staatsbeamten und anderer öffentlich angestellter Personen.

Dig. L. 13. de extraordinariis cognitionibus, et si judex litem suam fecisse dicatur. Cod. VII. 49. de poena judicis, qui male judicavit. Dig. XXVII. 8. Cod. V. 75. de magistratibus conveniendis.

1) Ist der Richter nur für dolus oder auch für culpa verantwortlich? insbesondere
2) bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit?
2 a) [Worauf geht die Klage?]
3) Ist die Regreßverbindlichkeit des Richters nur eine subsidiäre?
4) Sind auch dessen Erben noch der Regreßklage unterworfen?

5) Inwieweit ist das Gericht in Ausübung des vormundschaftlichen Amtes verantwortlich?
6) Inwieweit haben bei nicht dolos, sondern culpos erzeugten Collegialbeschlüssen die einzelnen Mitglieder des Collegiums den dadurch verursachten Schaden zu vertreten?
7) Hat das Gericht auch für einen von ihm in einem Concurs aufgestellten Massacurator zu haften?
8) Inwieweit haften Anwälte für den in ihren Dienstesfunctionen ihren Clienten zugezogenen Schaden und Verlust?
8a) desgleichen Schätzleute für unrichtige Schätzungen?
9) Welche Verbindlichkeit liegt der Gerichtsherrschaft rücksichtlich der schädlichen Amtsführung ihrer Gerichtsbeamten ob?

Zu 1) Die Eigenthümlichkeit der römischen Rechtsbestimmungen*) in dieser Materie und überdem die Verschiedenheit der römischen von der heutigen Gerichtsverfassung macht die Anwendung der römischen Gesetze sehr bedenklich und zweifelhaft. Man kann aber wohl den Streit über deren Auslegung**) unbedenklich bei Seite legen, und — soviel das reine Richteramt betrifft — nur die deutschen Rechtsquellen zu Rathe ziehen. In dem R. A. v. J. 1532. Tit. 3. §. 17. war zwar die Haftung der Richter minder bestimmt ausgedrückt, die späteren Reichsgesetze aber, namentlich die K. G. O. v. J. 1555. Th. III. Tit. 53. §. 5. 6. 10., vgl. das Concept der K. G. O. Th. III. Tit. 63. §. 13. 14. 18. u. der J. R. A. §. 157. drücken genau die

*) Die römischen Rechtsgelehrten glaubten nämlich weder ein Delicts-, noch ein Obligationsverhältniß zwischen dem Staatsbeamten und der Privatperson annehmen zu können. Dadurch entstand eine Lücke, welche durch den Grundsatz von dem judex, qui litem suam facit, und quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur ausgefüllt wurde. Handelte der Richter dolos, so hieß es: litem suam facit, und er konnte dann auf die volle aestimatio litis belangt werden. Beging er aus Versehen ein Unrecht, so wurde die Klage nicht schlechthin auf das volle Interesse, sondern auf eine nach der Stärke seines Versehens zu ermessende Leistung gegeben. In quantum de ea re aequum religioni judicantis visum fuerit, poenam sustinebit. Vgl. l. 15. §. 1. D. 5. 1. — l. 6. D. 50. 13. — pr. J. 4. 5. — l. 2. C. 7. 49., Koch R. d. Ford. Bd. III. §. 404.

**) Glück Thl. III. §. 210. u. 211., Koch a. a. O., v. d. Nahmer Samml. der merkw. Entscheid. d. O.-A.-G. zu Wiesbaden Bd. II. S. 39. Feste und zweckmäßige Bestimmungen gibt die französische Gesetzgebung im Code de procedure Art. 505.

zulässigen Klaggründe dahin aus: „daß aus Betrug oder Arglist, von Geschenk, Mieth, Gab, Bitt, Freundschaft, oder anderer dergleichen Ursachen wegen eine nichtige oder ungerechte Urtheil gefällt und gegeben wäre." — Es ist daher wohl denjenigen Rechtsgelehrten beizustimmen, welche die Entschädigungsverbindlichkeit des Richters in der Regel auf den casus doli beschränken, Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 740., Weber in Linde's Zeitschr. Bd. VII. S. 1., ohne jedoch culpa lata völlig auszuschließen; s. pr. J. 4. 5. — l. ult. D. 50. 13., Thibaut System §. 1127. (Ed. 5.), v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 367. (§. 314.), Leyser Sp. 680. med. 2., Schmidt Lehrb. von gerichtl. Klagen u. Einreden §. 1295., Sintenis Civilr. Bd. II. §. 125. Anm. 38., Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. II. S. 365., Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 740., Kritz über die culpa nach R. R. S. 110., Hänel Lehre vom Schadenersatz §. 42., v. d. Nahmer a. a. O. S. 58. [Entschieden hat sich das O.-A.-G. zu Jena für die Haftung des Richters auch im Fall der culpa lata ausgesprochen, weil sowohl das Röm. Recht, als die deutsche Reichsgesetzgebung diesen Satz enthalte; Seuffert's Archiv XIV. No. 140.] Selten wird es jedoch der Syndicatsklage dagegen bedürfen, insofern die ordentlichen Rechtsmittel schon Abhilfe gewähren; s. die folgende Fr. 3.

Zu 2) Es ist bisher nur vom eigentlichen Richteramt die Rede gewesen, auf welches allein sich auch die römischen sowohl, als die Reichsgesetze beziehen. Nun ist aber in Deutschland der Richter mit gar vielen andern Functionen beladen, namentlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit, der Obervormundschaft u. dgl. — In Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist aber der Beamte nothwendig einer ganz andern Beurtheilung rücksichtlich seiner Verantwortlichkeit unterworfen, und daß dieser wesentliche Unterschied von den meisten Schriftstellern übersehen wird, mag wohl vornehmlich die Ursache seyn, daß sie über den Grad der vom Gericht zu vertretenden culpa so sehr differiren, indem Manche auch da nur für culpa lata, v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 367. (§. 314.), Andere für culpa levis, Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 12. §. 2. not. 1., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. III. no. 41., oder für geringes Versehen, Thibaut System §. 1127. der älteren Ausg., und wieder Andere für omnis culpa, Weber a. a. O., Pufendorf de culpa P. VII. cap. 2. §. 6., besonders wenn der Act sportulirt wird, Schweppe a. a. O. S. 475., und namentlich auch für culpa levissima, v. Gönner Rechtsfälle Bd. II. S. 387. §. 6., oder nicht blos für culpa

lata, sondern auch für nicht angewendete diligentia, Löhr Theorie der culpa, S. 195—197., das Gericht verantwortlich machen. Eine eigenthümliche Ansicht stellt Puchta Pand. §. 390. auf, indem er die vorhin in Anm. * von uns bemerkten römischen Vorschriften auch auf die Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit für anwendbar erachtet, und zwar so, daß bei den vermischt freiwilligen Handlungen culpa levis, bei den rein freiwilligen act. jurisd. vom Richter nur dolus und culpa lata zu vertreten sey; eine, wie Sintenis a. a. O. bemerkt, wohl nicht haltbare Unterscheidung. — Bestimmter ist unsere Distinction aufgefaßt in einem in Kritz Samml. von Rechtsfällen Bd. V. S. 74—78. abgedruckten Erkenntniß des App.-Ger. zu Leipzig, und in v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. VI. S. 263. u. Bd. VIII. S. 97. „Die Verbindlichkeit zum Schadenersatz tritt bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein, wenn der Richter dabei aus grober Unachtsamkeit oder nur aus Uebereilung, Versehen oder Unwissenheit gefehlt hat." Damit übereinstimmend erachten auch Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. VIII. S. 352. die actio in factum wegen Beschädigung in Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit für genugsam begründet, wenn dem Beamten eine bedeutende Fahrlässigkeit (nicht gerade culpa lata) zur Last gelegt ist, wofür auch von Hellfeld interessante civilrechtl. Entscheid. S. 1—5. angeführt werden. — Nothwendig ist unsere Unterscheidung schon deswegen, weil da nicht, wie gegen eigentliche Richteramtshandlungen, schon die Rechtsmittel gegen Sentenzen Hilfe gewähren; sie ist aber auch rationell begründet, weil in den actibus voluntariae jurisdictionis der Beamte nicht als judex, von welchem allein die römischen und die deutschen Reichsgesetze sprechen, sondern als ein von der Staatsgewalt den Handelnden, sogar unwillkürlich zugeordneter Sachkundiger zu dem Zweck aufgestellt wird, um ihren Rechtsgeschäften die möglichste Sicherheit zu verschaffen, und der Staat, indem er eine solche Institution erschafft, und die Unterthanen ihr unterwirft, seine Machtvollkommenheit hierzu nur in der Gewährung einer nicht gemeinen und gewöhnlichen Zuverlässigkeit der Rechtsgeschäfte zur Verminderung möglicher Rechtsstreite begründen kann.

Die meisten Rechtsgelehrten sind darüber einverstanden, daß der Beamte für den Schaden hafte, wenn er an dem, worüber er zu wachen hatte, etwas versäumt hat, insbesondere: a) wenn er an der Form etwas versehen und dadurch eine Ungiltigkeit des Geschäfts veranlaßt hat; b) wenn er zu einer Prüfung verpflichtet war, und eine solche gar nicht oder schlecht angestellt hat; c) wenn er etwas bezeugt

hat, was er nicht wußte, oder wovon er sogar vielleicht das Gegentheil wußte; Unterholzner a. a. O. S. 741., Kind Qu. for. T. III. c. 23. Beispielsweise: wenn er die gesetzlich vorgeschriebene Form bei dem Geschäft versäumte, Schweppe a. a. O., oder einen an sich nichtigen Contract bestätigt, ein ungiltiges Testament aufnimmt; v. Bülow u. Hagemann a. a. O. Bd. VIII. S. 89., Struben rechtl. Bed. Th. V. Bed. 5., Leyser Sp. 680. med. 1., Böhmer Rechtsfälle Bd. II. Abth. I. S. 230., oder eine ungiltige Hypothek confirmirt,*) oder wenn er die Aechtheit einer Unterschrift beglaubigt, welche nicht ächt war, Elvers u. Bender allgem. jurist. Zeitung Bd. I. S. 467., oder sonst etwas durch sein Zeugniß mit dem Gepräge des öffentlichen Glaubens versieht, was nicht wahr ist; Schweppe a. a. O. S. 475. §. 572. Einen besonders merkwürdigen Fall behandelt v. d. Nahmer a. a. O. Bd. II. no. 6., unter Beifügung der ergangenen verschiedenen Sentenzen und Vota einzelner Gerichtsmitglieder. Die Behörde hatte nämlich aus einem Irrthum über die jüdischen Erbfolgerechte eine Hypothekbestellung von Seite des Wittwers auf ein von seiner verstorbenen Frau hinterlassenes Haus in der irrigen Meinung consentirt, daß dasselbe gesetzlich auf den Wittwer devolvirt sey, während eigentlich der vorhandene Sohn als Erbe zu betrachten war, welchem auch in dem bald darauf erfolgten väterlichen Concurs durch zwei Instanzen das Haus zuerkannt, und somit die vom Vater constituirte Hypothek als nichtig erkannt wurde. Das Oberappellationsgericht gab in diesem Fall der Regreßklage gegen das Gericht Statt.**)

Mannigfach ist insbesondere darüber gestritten worden, ob das Amt wegen ausgestellter Verpfändungs-Consense hafte, wenn der Gläubiger am Ende die erwartete Sicherheit nicht findet, sondern Verlust an seiner Forderung leidet, s. die in Geiger und Glücks merkwürdigen Rechtsfällen ersichtlichen verschiedenen Facultätsurtheile. Auf

---

*) Bei anderen Rechtsgeschäften macht ihn die bloße Confirmation nur dann verantwortlich, wenn er zu einer causae cognitio verpflichtet war; Schweppe a. a. O. S. 475.

**) Ebenso ist gewiß der Regreß gegen ein Concursgericht, welches dem nachgehenden vor dem vorgängigen Gläubiger Zahlungen macht, begründet, und es scheint nur in der Verschiedenheit der Ressortverhältnisse der Grund einer von Rüling Entscheid. d. O.-A.-G. zu Celle no. 15. angeführten Sentenz zu liegen: „Die Rentkammer steht für ihren Beamten nicht ein, wenn derselbe die in Deposito befindlichen Concursgelder mit Vorbeigehung eines älteren Gläubigers dem jüngern, fehlsamer Weise, ausgezahlt hat."

die römischen Gesetze kann man hier gar nicht recurirren, weil da dem Richter nichts weiter obgelegen war, als blos den Act der Verpfändung zu constatiren. Da nun die deutschen Institutionen in Ansehung der Pfandbestellung auf Immobilien ganz eigenthümlich und wieder unter einander verschieden sind, so muß zunächst das Particularrecht darüber entscheiden, wie weit die Verpflichtung des Amts bei Constituirung oder Consentirung der Hypotheken gehe. Die Lehens- oder Erbzins- herrlichen Consense haben im Allgemeinen keine andere Bedeutung, als daß die Hypothek dem Lehen- oder Grundherrn gegenüber gelten solle; v. Gönner a. a. O. Wenn behauptet wird, das Gericht sey verpflichtet, die Sufficienz des Gutswerths auszumitteln, und daß es nur auf einen gewissen Theil desselben und nicht weiter consentiren dürfe, so läßt sich dieses nur durch Particularrechte **) und besondere Amtsvorschriften begründen. Allgemein ist die Verbindlichkeit des Gerichts, bei welchem eine Pfändung vor sich geht, dahin begründet, daß es untersuche, ob der Schuldner zur Verpfändung überhaupt fähig, und in Beziehung auf ein bestimmtes Gut dazu befugt sey, ingleichen, wenn der Schuldner dem Gläubiger einen bestimmten Hypothekenrang einräumt, ob nicht mehrere und vorzüglichere Hypotheken schon auf demselben haften; Glück Thl. XVIII. S. 294. [Eine Unterpfandsbehörde hatte ein Grundstück zu niedrig taxirt, und dadurch war Kläger, der ein Darlehen im Vertrauen auf den gerichtlich angesetzten Werth des Grundstücks geleistet hatte, in Schaden gekommen, weil der Darlehensempfänger in Gant verfiel. Hierüber sprach sich das Ob.-Trib. zu Stuttgart dahin aus: „Wenngleich von der Unterpfandsbehörde eine ganz genaue Kenntniß und eine ganz genaue Angabe des wahren Werths der Unterpfänder nicht verlangt und der-

---

*) Manche Rechtsgelehrte gehen freilich weiter, indem sie selbst auf dem gemeinrechtlichen Standpunkt behaupten, der Richter habe auf die Absicht zu sehen, in welcher die Parteien ihn um eine Hypothekenbestellung angehen, und hiernach richte sich das Mehr oder Minder seiner Verbindlichkeit und Verantwortlichkeit; Glück Thl. XVIII. S. 297., v. Gönner Rechtsfälle Bd. II. S. 382. Allein abgesehen davon, daß deren Absicht nicht immer so bestimmt vorliegt, vielleicht selbst nicht klar zu ihrem Bewußtseyn gediehen ist, möchte wohl zu behaupten seyn, daß das Amt nicht jeder willkürlichen Anmuthung der Parteien, sondern nur dem zu genügen habe, was ihm durch Gesetze oder Amtsinstructionen zur Pflicht gemacht ist. So geht es gewiß zu weit, wenn in Geiger u. Glück Rechtsfällen Bd. II S. 78. von dem Richter gefordert wird, das er auch die Richtigkeit einer Schuld, für welche eine Hypothek bestellt werden soll, zu untersuchen verpflichtet sey, während doch das gegenseitige Anerkenntniß jener schon vorhergegangen ist; s. dagegen die vorige Note.

selben daher nicht schon jede dem wahren Werthe nicht entsprechende Taxation der Unterpfänder zur Schuld zugerechnet werden kann, so muß eine solche Verschuldung doch dann angenommen werden, wenn sich der Pfandanschlag von dem wahren Werth allzuweit entfernt (im vorliegenden Fall betrug die Differenz ungefähr ein Drittheil).... Eine solche Ueberschätzung ist, zumal die Schätzung keine besonderen Schwierigkeiten darbot und die öffentlichen Bücher genügende Anhaltspunkte für eine den gesetzlichen Vorschriften entsprechende Erhebung der laufenden Preise an die Hand gaben, ohne eine grobe Verschuldung nicht denkbar." Auch den Causalzusammenhang hielt der Gerichtshof für hergestellt. Seuffert's Archiv XV. No. 208. Vergl. dazu Arnold prakt. Erörter. No. 13. S. 380., Hoffmann im hess. Archiv f. prakt. Rechtswiss. II. S. 429. u. Seuffert's Archiv IV. No. 100. V. No. 287. XIII. No. 150.]

Daß der Gerichtsbeamte einer sich verbürgenden Frauensperson die weiblichen Rechtswohlthaten nicht vorgehalten hat, begründet keinen Regreß, wenn nicht eine gesetzliche Vorschrift es ihm von Amtswegen zur Pflicht gemacht hat; s. Erk. d. O.=A.=G. zu Cassel in Pfeiffer's prakt. Ausführungen Bd. VIII. S. 582.

Zu 2 a) [Das O.=A.=G. zu Jena beantwortete diese Frage in folgender Weise: „Die Einschränkung, welche manche Rechtslehrer für den Umfang der Haftverbindlichkeit des Richters bei dergleichen schadenstiftenden auf Fahrlässigkeit beruhenden Verfügungen allerdings aufgestellt haben, daß bei einem bloßen Versehen nur auf eine arbiträre, nach dem Grade des Versehens zu bestimmende Leistung geklagt werden könne, entbehrt aller Begründung, vielmehr geht die richtigere Meinung dahin, daß voller Schadensersatz geleistet werden muß; Strube rechtl. Bedenken Bd. II. S. 123., Heffter Syst. d. Civilproc. 2. Aufl. S. 97., Sintenis Civilr. II. §. 125. Anm. 38."; Seuffert's Archiv XIV. No. 140. S. 230.]

Zu 3) Für nicht subsidiär erklärt sie Bayer Vorträge über den ordentlichen Proc. S. 110—112., Struben rechtl. Bed. Th. II. Bed. 124., v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 367. (§. 314.), Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 572. S. 474. Anm. 6., Gaill Lib. I. obs. 153. no. 3. Allerdings legen ihr auch die Reichsgesetze keinen blos susidiären Charakter bei, aber dann muß man auch, um ihnen treu zu bleiben, die Syndicatsklage auf den casus doli beschränken. Dann hat man vollkommen Recht, denn der dolus des Richters, der selbständige Angriff seiner Persönlichkeit kann ja dadurch nicht vermindert werden, daß ich unterlassen habe, ein Rechtsmittel

gegen seine Sentenz zu gebrauchen. Allein, wenn man, wie die meisten Rechtslehrer thun, die Syndicatsklage auch für diejenigen Fälle gelten läßt, wo der Richter aus Uebersehen, Nachlässigkeit oder Unverstand (imperitia) falsch sententionirt hat, so scheint die auch im Preuß. Landr. Th. II. Tit. 10. §. 91. angenommene Meinung derjenigen richtiger zu seyn, welche der Syndicatsklage nur dann Statt geben, wenn eine Abänderung des Erkenntnisses durch die gewöhnlichen Rechtsmittel nicht möglich ist.*) Ein schwacher Grund für diese Meinung wäre es zwar, wenn man sagen wollte, da stehe dem Ankläger die Einrede der eigenen Schuld entgegen, denn Niemand muß ja gerade appelliren; Struben rechtl. Bed. Th. II. Bed. 124., aber unbestreitbar sind doch außerordentliche Rechtsmittel nur in Ermangelung der ordentlichen zulässig, und dies muß also gewiß von dem außerordentlichsten aller Rechtsmittel gelten. Sehr bemerkenswerth ist es auch, daß die Reichsgesetze, welche früher, als gegen oberstrichterliche Sentenzen keine andere Hilfe gegeben war, der Syndicatsklage einen weiteren Spielraum gegeben hatten (R. A. v. J. 1532. Tit. 3. §. 17.), sie später, nachdem ein weiteres Bedürfniß durch Einführung des remedium revisionis befriedigt war, nun auf den casus doli einschränkten. — Für diese Subsidiarität entscheidet auch l. 4. §. 7—9. D. 39. 2. und nicht unerheblich ist hiernächst die Analogie der l. 3. §. 2. 3. D. 11. 6., wo dem durch die unrichtige Messung des Feldmessers getäuschten Verkäufer die Klage gegen jenen nicht unmittelbar und unbedingt gestattet wird. Non esse actionem adversus mensorem, quia est ex vendito actio adversus emtorem, nisi hic emtor solvendo non sit; vgl. l. 15. D. 50. 17. Qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur. Hiermit stimmen überein: Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 741., Weber a. a. O. §. 30., vgl. Thomasius D. de usu practico act. adversus judicem imperite judicantem. §. 10. Erkenntnisse, welche keine Appellation zulassen, oder gegen welche wenigstens dieselbe nicht mit Suspensiv-Effect gestattet ist, mögen allerdings unter Voraussetzung der eigenthümlichen Erfordernisse zur Syndicatsklage, bei erweislich erlittenem ungerechten Schaden berechtigen, was besonders bei Arrestanlegung oder Bestätigung vorzukommen pflegt. Erachtet sich indessen der Arrestat nur an seiner Ehre oder Credit angegriffen, so würde den Richter die gute Vermuthung gegen die Absicht solcher Verletzung

*) Extra casum doli verweist auch das Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch lediglich auf die ordentlichen Rechtsmittel; v. Zeiller Comm. zu §. 1341. Bd. III. S. 785. u. 786.

schützen, wenn nicht die Umstände berechtigen, den Vorsatz zu schaden anzunehmen; Hagemann prakt. Erörter. Bd. VIII. no. 11.

[Für Nichtsubsidiarität der Klage sprechen sich aus Heffter Syst. d. Civilproc. 2. Ausg. S. 98., Sintenis Civilr. II. §. 125. Anm. 38. u. das O.-A.-G. zu Jena; Seuffert's Archiv XIV. No. 140. S. 230.]

Wenn die Gerichtsbarkeit durch Kauf an einen Andern übergegangen ist, so ist dieser nicht wegen der vom vorigen Gerichtsherrn begangenen Amtsversehen klagbar; Schmidt hinterl. Abhandl. prakt. Rechtsmaterien herausgeg. von Faselius Bd. I. no. 73.

Zu 4) Wenn man auch mit Lauterbach Diss. de transitione act. §. 35. annehmen dürfte, daß bei gesetzwidrigen Handlungen eine Repräsentation des Verstorbenen durch dessen Erben nicht eintrete, wovon jedoch nach der gemeinen Meinung reipersecutorische Klagen eine Ausnahme machen, s. Ayrer D. de act. ex delicto rei persecutoriis adversus heredes in solidum competentibus Sect. II. §. 10., so kommt doch dagegen in Betracht, daß diese Klage in den Gesetzen nicht völlig als Delictsklage behandelt wird, sondern von einer solchen in mehreren Stücken abweicht, indem die act. in factum auch gegen den Gewalthabenden geht, wie denn §. 2. J. 1. 24. sie auch ausdrücklich gegen die Erben gestattet; cf. l. 6. D. 27. 8. Das Canonische Recht, welchem der Gerichtsbrauch folgt, läßt hierüber noch weniger Zweifel übrig; Leyser Sp. 680. med. 42., Mevius Dec. P. V. dec. 39. P. VI. dec. 317. no. 5., v. Quistorp Beiträge no. 5. S. 56., Höpfner Instit. §. 1193. Nach der gewöhnlichen Meinung, welche sich vorzüglich auf l. 4. l. 6. D. 27. 8. — l. 2. C. 5. 75. gründet, werden die Erben eines Verwalters fremder Gelder hinsichtlich des von ihnen zu vertretenden Grads der von diesem begangenen culpa den Erben eines Vormunds gleich gestellt; Hasse v. d. culpa §. 71. 72., Pufendorf Obs. T. II. no. 26. Sie haften demnach, wenn anders nicht schon bei Lebzeiten lis mit ihrem Erblasser contestirt war, nur für culpa lata, und nicht weiter als die Kräfte der Erbschaft reichen; v. Quistorp Beitr. no. 5. S. 56., Kapff merkw. Rechtsspr. S. 58. Bei Verwaltung geistlicher Güter macht indessen die — jedoch unglossirte — l. 42. §. 5. C. 1. 3. und Nov. 123. c. 23. die Erben der Verwalter derselben oder auch eines pium corpus ebenso haftbar wie diese selbst. — Ein privilegium exigendi kommt dem Regreßanspruch nicht zu; l. 1. §. 14. D. 27. 8.

Zu 5) Nach R. R. war die Verantwortlichkeit der obervormundschaftlichen Behörde außer doloser Handlungsweise nur in den Fällen

begründet, wenn a) die Bestellung eines Vormunds ungeachtet ergangener Aufforderung unterlassen wurde; l. 1. §. 6. 7. D. 27. 8. — cf. l. 2. §. 5. D. 50. 1. — l. 3. §. 13. D. 15. 1. — b) die Prüfung der Idoneität desselben verabsäumt oder nachlässig behandelt wurde; l. 1. §. 5. D. 27. 8. — l. 2. §. 5. D. 50. 1. — c) die erforderliche Sicherheitsbestellung entweder gar nicht bewirkt, oder bei deren Prüfung nachlässig zu Werke gegangen wurde; l. 1. u. l. 5. D. 27. 8. Auch konnte deshalb nur gegen die niederen Magistrate geklagt werden; §. 4. J. 1. 24. — l. 1. §. 1. D. 27. 8. — Da aber die römische Verfassung nicht die unsrige ist, Zimmern Geschichte des röm. Privatr. Th. I. §. 250., so ist allgemein nur deutsche Praxis und Reichsgesetzgebung, insbesondere die R. P. O. v. 1577. Tit. 32. §. 1 – 3. als hauptsächliche Entscheidungsquelle anerkannt; Schilter Exerc. ad Pand. Ex. 37. §. 200., Kind Qu. for. T. I. c. 14., Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. §. 757. Hiernach fällt der Unterschied zwischen höheren und niederen Behörden weg, und die Haftung für unterlassene Bestellung eines Vormunds tritt nunmehr nicht blos nach fruchtlos geschehener Admonition, sondern von selbst ein, und nur dann dürfte die Entlastung statuirt werden, wenn die Behörde weder durch die Angehörigen und Verwandten, noch durch den Ortspfarrer oder Gemeindevorsteher von dem Bevormundungsfall Nachricht erhalten hat. — Zur Begründung des Regresses, welcher übrigens nächst der Summe des Defects sich auch auf die Zinsen erstreckt, l. ult. D. 27. 8., würde daher immer der Beweis erforderlich seyn, daß die Behörde — für deren Legalität und Dexterität doch immerhin die Vermuthung streitet — wirklich Kenntniß von dem betreffenden Fall gehabt habe, Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 307., oder ihre Unkenntniß eine culpose war, daß sie nämlich in der Nichtbefolgung ihrer aufgehabten Instructionen den Grund hatte. — Die Obervormundschaft ist h. z. T. auch wegen einer nicht zu rechtfertigenden Zustimmung zu Verwaltungshandlungen des Vormunds und wegen ungenügender Beaufsichtigung verantwortlich; Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 746. §. 703., Schweppe a. a. O., Glück Thl. XXXII. §. 1380., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. S. 153. (§. 162.), R. P. O. v. J. 1577. Tit. 32. §. 3. a. E. In letzterer Hinsicht wird auch nicht mehr so unbedingt, wie es in l. 1. §. 11. u. 13. D. 27. 8. gesagt ist, behauptet werden können: es genüge, wenn die Vormundschaftsbehörde die zur Zeit der Bestellung vorhanden gewesene Idoneität des ernannten Vormunds beweist, Glück a. a. O. S. 441., sie könne daher für späteren Vermögensverfall desselben nicht in Anspruch

genommen werden, vielmehr wird ihr letzterer alsdann zur Verantwortung gereichen, wenn sie unzeitige Nachsicht gegen ihn ausgeübt, oder einen suspecten Vormund nicht removirt hat; l. 3. §. 4. l. 7. §. 1. D. 26. 10.

Immer ist jedoch die Obrigkeit nur subsidiär verbunden, l. 3. l. 5. C. 5. 75. — §. 2. J. 1. 24. Zunächst haften die Vormünder, deren Erben und Bürgen, und es muß auch erst die dem Mündel zustehende hypothekarische Klage gegen diejenigen, welche etwas von dem dem Mündel gesetzlich verpfändeten Vermögen besitzen, erschöpft seyn; Nov. 4. c. 2., Glück Thl. XXXII. S. 407. — Indem bisher blos von dem Klagrecht des beschädigten Pupillen gesprochen wurde, erübrigt noch die Frage: ob dasselbe nur dem Pupillen zustehe. In den Gesetzen wird auch folgender Fall in Betrachtung gezogen: von zwei administrirenden Vormündern, welche ohne Caution von ihnen zu fordern ernannt waren, starb der Eine verarmt, der überlebende wurde wegen Defects auf das Ganze belangt, und leistete Zahlung; kann er nun die Obervormundschaft auf dasjenige, was er für seinen Mitvormund zahlen mußte, aus dem Grund, weil der Magistrat von demselben keine Caution hatte aufrecht machen lassen, rechtlich belangen? Verneinend entscheidet l. 2. D. 27. 8., denn er muß es sich selbst beimessen, daß er nicht, wie er doch konnte, selber auf Caution anhielt. Die folgende l. 3. macht nun zwar im Widerspruch mit l. 2., wo es heißt: *Nunquam* tutor adversus magistratum habeat actionem, die Einschränkung: Quodsi tutor ab hac parte culpa vacat non erit iniquum, adversus magistratus actionem ei dari; da indessen der Fall kaum denkbar ist, daß der Mitvormund nicht sich selbst einen Vorwurf deshalb zu machen hätte, so scheint es überflüssig, in eine Erörterung der Versuche einer Vereinigung beider Gesetzstellen oder einer Emendation der letzteren einzugehen, und ist deshalb nur auf Glück a. a. O. §. 1378 a. zu verweisen.

Zu 6) Die Beantwortung dieser Frage richtet sich nach Verschiedenheit der Fälle, doch sind in allewege die erst später eingetretenen Glieder des Collegiums, sowie überhaupt die Amtsnachfolger in der Regel von Verantwortung frei, l. 23. C. 10. 31. — l. 9. §. 9. D. 50. 8., wofern sie sich nicht durch eigene positive Handlungen den vorher begangenen Fehler gleichfalls angeeignet haben; Leyser Sp. 533. med. 17. Außerdem könnte ein bloßer Amtsnachfolger, vorausgesetzt daß der ursprünglich Verpflichtete nicht genugsam solvent ist, subsidiär in Anspruch genommen werden, wenn ihm ein grobes Versehen darin zur Last fiele, den Fehler seines Vorgängers, wo er es konnte, und

wo es in seinen Berufskreis mit einschlug, nicht entdeckt, und den nachtheiligen Folgen nicht, wo es noch Zeit war, vorgebeugt zu haben; Glück Thl. XXXII. S. 440., Becker D. an et quatenus collegium culpam ab uno alterove ex suis membris vel antecessoribus commissam praestare teneatur. Goett. 1741. §. 31—33., vgl. Funke Beitr. zur Erörter. prakt. Rechtsmaterien S. 102. — Solche seltene und immerhin zweifelhafte Ausnahmen abgerechnet haften nur diejenigen Collegialglieder, welche zur Zeit des begangenen Fehlers das Collegium ausgemacht haben, und zwar:

A. wenn sämmtliche Glieder des Collegiums gemeinschaftlich gehandelt haben, und dabei nicht in dolo, sondern nur in culpa versirten, nach Kopftheilen. Einige Rechtsgelehrte, z. B. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 366. (§. 314.), statuiren zwar allemal eine solidarische Verbindlichkeit, indem sie von dem Grundsatz ausgehen, daß das beneficium divisionis nur correis ex contractu, nicht aber ex quasi delicto vel culpa zustehe, allein dies ist nur insofern richtig, als die Gerichtsmitglieder aus böser Absicht gefehlt haben; außerdem entscheidet l. 7. D. 27. 8. u. l. 3. C. 5. 75. ausdrücklich für eine getheilte Verbindlichkeit, soweit die übrigen Glieder des Collegiums solvent sind; v. d. Nahmer Samml. der merkw. Entscheid. des O.-A.-G. zu Wiesbaden Bd. II. S. 87. u. 92., Leyser Sp. 533. med. 8., Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. §. 757., Schwarze und Heyne Unters. prakt. wichtiger Materien u. s. w. S. 210. 220. 227.

B. Wenn die Verfügung blos vom Vorstand des Gerichts ohne Collegialbeschluß ausgegangen ist, so haftet der Vorstand allein, und keines der übrigen Gerichtsmitglieder; Leyser Sp. 680. med. 8., Thibaut System §. 134. (Ed. 8.)

C. Wenn das Versehen nur von einem nach der Gerichtsverfassung zum selbständigen Handeln ermächtigten einzelnen Gerichtsmitglied, Deputirten oder Commissar begangen wurde, so wird sehr häufig behauptet, daß zwar auf dem Handelnden die prinzipale, auf den übrigen Gerichtsmitgliedern aber gleichwohl eine subsidiäre Regreßverbindlichkeit hafte; Schweppe a. a. O. Bd. IV. §. 757., Schwarze u. Heyne a. a. O. S. 222., Funke a. a. O. S. 125., Rivinus D. de culpa ab uno collegarum commissa a toto collegio praestanda. Lips. 1742. Man sagt: sie haften als Mandanten, das sind sie aber nicht, wenn die Gerichtsverfassung das einzelne Collegial-

glied beruft; nicht einmal der Gerichtsvorstand kann als der eigentliche Mandant angesehen werden, weil er keine Freiheit zu mandiren in diesem Falle hat, sondern nur Organ der höchsten Staatsgewalt, als der eigentlichen Committentin ist, welche ihm ohne seine Willkür bestimmte Individuen zugeordnet hat. Man beruft sich ferner auf die Analogie der act. tutelae subsidiaria adversus magistratum, nach welcher auch die act. in factum contra magistratum zu beurtheilen sey; allein das Verhältniß der Mitvormünder ist doch ein ganz anderes, als das der Mitglieder eines Collegialgerichts, und erfordert deshalb auch eine andere Beurtheilung, selbst wenn man davon ganz absehen wollte, daß der besondere favor juris, welchen die Pupillen genießen, nicht wohl auf andere Verhältnisse übertragen werden kann. Man citirt endlich auch Gesetzstellen, namentlich l. 1. §. 9. l. 8. D. 27. 8. — l. 1. 2. 4. C. 11. 35. Allein l. 1. §. 9. cit. sagt nur: wenn zwei Obrigkeiten, denen die Vormundsbestellung und also auch die Gefahr deshalb oblag, unter sich die Uebereinkunft getroffen hätten, daß die Bestellung der Vormünder nur auf die Gefahr der einen gehen solle, so könne dies dem öffentlichen Recht nicht präjudiciren. Dieses paßt aber nicht auf den umgekehrten Fall, wenn verfassungsmäßig gewisse Acte nur Einzelnen zugewiesen sind. Die l. 8. cit. kann uns nur auf die wesentliche Verschiedenheit des Vormundschaftsverhältnisses von dem eines Richtercollegiums aufmerksam machen. Erscheint nämlich die Caution eines Vormunds nach Umständen nicht genügend, und wird derselbe irgend suspect, so kann und muß der Mitvormund auf Verstärkung der Sicherheit, oder auf Entfernung des suspecten Vormunds antragen; kann aber ein Gerichtsmitglied so gegen ein anderes von der Regierung approbirtes Mitglied einschreiten? Endlich die gleichfalls für diese Meinung citirte l. 1. 2. 4. C. 11. 35., welche, indem sie nicht vom Vormundschafts-, sondern vom reinen Beamten-Verhältniß handelt, allein in Betrachtung kommen könnte, sagt gerade das Gegentheil. Sie unterscheidet nämlich ganz richtig zwischen gemeinschaftlichen und getrennten Dienstverhältnissen Mehrerer, und macht im letzteren Fall nicht sogleich den Collegen, sondern den Präsentanten — umsomehr also denjenigen, welcher das Individuum zum Amt berufen hat, verantwortlich, und erst nach diesem den Amtsgenossen. Ohne ausdrückliches Gesetz

können schuldlose Mitglieder eines Collegiums für die Versehen anderer Mitglieder nicht verantwortlich gemacht werden. Die l. 11. §. 1. D. 50. 1. sagt vielmehr ausdrücklich: wenn der, welcher einen Beamten auf seine Gefahr ernannt hat, zahlungsfähig ist, so müsse er vorher belangt werden. Mit Recht sagt daher Thibaut System §. 134. (Ed. 8.) „bei Versehen einer Magistratsperson sind auf allen Fall die, zufolge des Bisherigen verantwortlichen Collegen erst nach den Bürgen des Administrirenden, und dessen Nominatoren in Anspruch zu nehmen.“ Sehr richtig bemerken v. Langenn und Kori Erörter. prakt. Rechtsfragen Th. II. S. 45.: „Der bloße vom ganzen Collegium einzelnen Mitgliedern ertheilte Auftrag zu einzelnen Geschäften enthält an sich noch keinen hinreichenden Grund, die Versehen der letzteren zu vertreten, deren Anstellung bei dem Collegium von diesem bald gar nicht, bald nicht allein, sondern zugleich von der höheren Behörde abhing, wie denn auch die Uebertragung einzelner Geschäfte oft nur eine Folge der verfassungsmäßigen Vertheilung der Geschäftszweige überhaupt ist. Je treuer übrigens Mitglieder eines Collegiums ihren eigenen Amtsgeschäften obliegen, desto weniger können sie ihr Augenmerk auf die Geschäftsführung ihrer Collegen richten, wozu auch in der Regel nicht ihnen, sondern dem Directorium der Beruf zukommt.“ — Collegialglieder, welche zu der schädlichen Handlung nicht concurrirt haben, können daher, wenn verfassungsmäßig eine Concurrenz Aller nicht erfordert war, nur dann subsidiär und pro rata verantwortlich gemacht werden, wenn ihnen ein eigenes mäßiges Versehen (culpa levis) dabei zur Last fällt, v. Bülow u. Hagemann a. a. O. Bd. VI. no. 41. §. 3., wenn ihnen eine Aufsichtsführung*) zukam, welche sie vernach-

*) Der hierzu vorzüglich verpflichtete Amtsvorstand ist jedoch für die Handlungen seiner Collegen nur insofern verantwortlich, als er von denselben officielle Kenntniß hatte, oder nach den Umständen des einzelnen Falles ihm eine besondere Veranlassung gegeben war, nähere Kenntniß zu erlangen. Z. B. ein Gerichtsassessor nahm als Inquirent dem eingebrachten Inquisiten 92 Fl., die er bei sich hatte, ab, unterließ aber, ob er gleich diese Summe in das Verzeichniß der demselben abgenommenen Effecten aufgenommen hatte, doch, dem Amtsvorstand dieses vorzulegen und die 92 Fl. ad Depositorium zu offeriren. Wollte man für den dadurch entstandenen Defect den Amtsvorstand verantwortlich machen, so müßte man ihm dieses als Schuld anrechnen, daß er dem Inquirenten das Visitationsprotokoll nicht abgefordert hatte, was

lässigten, oder wenn sie die Handlung wissentlich geschehen ließen, welche sie hätten verhindern können, Leyser Sp. 533. med. 16. u. 17., v. Langenn u. Kori a. a. O. S. 41.

D. Wenn der Fehler in einem dem ganzen Collegium obliegenden Geschäft nur durch die Majorität der Mitglieder begangen wurde, so kommen zweierlei Fälle in Betracht: a) Einzelne waren abwesend, dann sind auch sie haftbar, wenn sie sich nicht in legaler Abwesenheit befunden hatten, weil sie durch pflichtwidriges Ausbleiben sich außer Stand gesetzt haben, die nachtheilige Handlung zu verhindern; v. Langenn u. Kori a. a. O. S. 42. Im Wesentlichen übereinstimmend sind Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. II. S. 309. In Richters Aufsätzen üb. verschied. Rechtsfragen S. 75. werden zwar die abwesenden Gerichtsmitglieder indistinct von Verantwortlichkeit frei gesprochen, weil es in l. 1. pr. D. 27. 8. heißt: Teneri eos, qui *praesentes* fuerunt; allein es kann doch nur eine legale Abwesenheit in Betracht kommen, wie dies auch in einer dort angeführten Würtemberg. Landesordn. für einen besonderen Fall sich ausgedrückt findet. — b) Waren alle Glieder anwesend, so sind die dissentirenden von Verantwortung frei; v. Langenn u. Kori a. a. O., Thibaut a. a. O. §. 134., Leyser Sp. 533. Med. 2. Sp. 680. med. 20.

E. Die Mitunterschrift des Actuars unter eine schriftliche Handlung macht diesen nicht für deren nachtheilige Folgen verantwortlich, denn er hat ja nur die Uebereinstimmung der Schrift mit der Handlung, und nicht die Handlung selbst zu vertreten, s. Schwarze u. Heyne a. a. O. S. 221.

Die Behauptung von Leyser Sp. 680. med. 20. 33. 40., welcher auch v. Langenn u. Kori a. a. O. S. 42. beistimmen: „wenn der schadenbringende Beschluß ein Gegenstand der Rechtskenntniß war, so hätten ihn die assessores seu scabini illiterati nicht zu vertreten," möchte h. z. T. nicht leicht Geltung erlangen, nachdem die älteren Schöppengerichte auf dem Land und in Landstädtchen, welche durchaus aus Illiteraten bestanden, und das Meiste in die Hände des Stadtschreibers oder Gerichtshalters legen mußten, verschwunden sind.

---

aber, da eine Abnahme von Geldern bei der Inhaftirung eines Inquisiten nicht gewöhnlich vorfällt, gewiß nicht als culpa levis angesehen werden kann; s. die Entscheidungen in der Samml. v. Rechtsfällen von Du-Prel Bd. I. S. 73.

Wo übrigens eine subsidiäre Verbindlichkeit der übrigen Mitglieder des Gerichts in den sub lit. A. u. C. bemerkten Fällen eintritt, da beschränkt sich dieselbe auf die Hauptsumme, und geht nicht auf Zinsen; l. 21. §. 1. D. 50. 1., v. Langenn u. Kori a. a. O. S. 42. Nach l. 24. ib. hat selbst der verrechnende Beamte von Einnahmsrückständen keine Zinsen zu entrichten. Anders bestimmt zwar l. 9. D. 27. 8. im obervormundschaftlichen Verhältniß, was sich aber nicht auf alle anderen Amtsverhältnisse ausdehnen läßt.

Es kann zuweilen zweifelhaft seyn, gegen wen die Syndicatsklage zu richten sey, ob gegen das Collegium, oder gegen die einzelnen Mitglieder desselben. Ist in demselben in der Periode, welche zwischen dem begangenen Versehen und der möglich gewordenen Entschädigungsklage in Mitte liegt, eine Veränderung des Personals eingetreten, so kann die Klage nur gegen diejenigen einzeln zu benennenden Personen, welche zur Zeit des begangenen Fehlers das Collegium ausgemacht haben, gerichtet werden. Ist aber das Collegium unverändert geblieben, so entsteht, weil der Kläger nicht wissen kann, ob sämmtliche Glieder an dem ihn beschädigenden Beschluß Theil genommen, ob nicht einzelne dissentirt haben oder durch legale Abwesenheit entschuldigt waren, die Frage: ob der Beschädigte vor Anstellung der Klage, besonders wenn sie ein Richtercollegium angeht, die Benennung der Votanten von dem Gericht fordern kann, um die recht gewählten Beklagten in seiner Klagschrift benennen zu können? Da aber das Amtsgeheimniß so lange zu bewahren ist, als ein rechtliches Bedürfniß der Veröffentlichung nicht in der Wirklichkeit zufolge erhobener Klage vorliegt, so ist es räthlich, das präparatorische Gesuch um Edition des Abstimmungsprotocolls oder Angabe der Votanten nicht der gegen das Collegium zu richtenden Klage vorausgehen zu lassen, sondern unmittelbar mit derselben zu verbinden, Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. II. S. 310.

Zu 7) Eine Massacuratel weicht von den gewöhnlichen Administrationen darin ab, daß bei diesen die Soll-Einnahme und die Zeit des Anfalls im Allgemeinen voraus bestimmbar und dadurch eine periodische Rechnungsablage begründet ist, deren regelmäßige Controlle der Aufsichtsbehörde obliegt, und ganz einfach ausführbar ist. Anders ist es bei Concursmassen in Ansehung der durch den Curator Massae einzuziehenden Activen, von welchen das Gericht nicht wissen kann, ob und wann sie flüssig und auch wirklich exigibel werden, wo denn auch eine periodische Rechnungs-Ablage nicht so wie bei gewöhnlichen Verwaltungen durchführbar ist. — Indem man aber doch darüber einig

ist, daß im Concurswesen das Gericht die Wache über die Masse zu halten hat, und ihm überall die Oberaufsicht und Direction obliegt, Gensler im civilist. Archiv Bd. II. no. 34. S. 359., muß man dasselbe auch für verantwortlich halten, wenn es unterlassen hat, in angemessenen Zeiträumen dem Massacurator Bericht über den Stand der Aktiven, Rechnung über gehabte Einnahmen, und Ablieferung der Gelder zum gerichtlichen Depositorium aufzugeben, Kritz Samml. v. Rechtsfällen Bd. V. S. 71. Wenn nun aber demungeachtet Malversationen des Massacurators leicht möglich sind, so würde das Gericht nur für eine Negligenz in der Wahl des Subjects und Bewirkung einer genügenden Caution responsabel seyn, insofern die Gläubiger nicht selbst das Subject, und ohne Cautionsverlangen vorgeschlagen haben.

Zu 8) Das Verhältniß des Anwalts zu seinem Clienten ist bekanntlich nach den Grundsätzen des Mandatsvertrags zu beurtheilen. Nach der Meinung Einiger, Voet Comm. ad Pand. Lib. III. tit. 1. §. 10., Gensler Comm. zu Martin I. 116. hätte der Anwalt nur für dolus und culpa lata zu haften, weil auch judex und mensor nur insoweit zu haften haben, allein mehrere Gesetzstellen sprechen bestimmt dagegen, besonders l. 13. C. 4. 35. Wegen l. 57. pr. D. 26. 7. glaubt v. d. Pfordten Abh. S. 315., daß der Mandatar nur zur diligentia, quam suis rebus adhibere solet, verbunden sey, allein es wird entgegnet, daß die l. 57. nur von einem besondern Fall spreche; v. Arnold pr. Erörter. H. 3. S. 399. Ein Anwalt kann seinen Clienten in Schaden versetzen: a) durch Nichtbeachtung der Formvorschriften, insbesondere der Termine, an welche die Geltendmachung der rechtlichen Behelfe seiner Partei absolut gebunden war; b) indem er die ihm gegebenen Materialien, welche zum Sieg Rechtens geeignet waren, nicht als Stütze seiner Klage oder Einrede benützt, oder nicht gehörig zur Rechtsverfolgung oder Vertheidigung verarbeitet, oder die Behauptungen des Gegentheils nicht der ihm ertheilten Information gemäß beantwortet. Nicht selten können zwar seinem Clienten auch Argumente zu Gebote stehen, welche derselbe, indem er rechtsunwissend deren factische Grundlage nicht zu würdigen versteht, seinem Anwalt gar nicht eröffnet, welche dieser daher nur zufällig, aber zu spät entdeckt, und nur dann, wenn er im Act der Information zweckmäßige Fragen gestellt hätte, worauf die Geschicklichkeit der Advocaten, wie des Arztes vorzüglich beruht, vielleicht zur Kenntniß erlangt hätte; da aber die Schuld einer unvollständigen Information doch zunächst der Partei selbst zur Last fallen muß, so würde sie, wenn sie in solchem Falle

den Anwalt in Anspruch nehmen wollte, durch die Einrede der eigenen Schuld zurückgewiesen werden können. Aber auch Einreden, deren rechtlicher Gehalt Zweifeln und Controversen unterliegt, ist der Anwalt zu erheben allerdings verbunden, und kann sich gegen Verantwortung nicht durch Behauptung seiner gegentheiligen Ueberzeugung schützen. Erscheint z. B. eine Forderung durch den Zeitablauf von 30 Jahren, während welchen keine Zinsen daraus entrichtet worden, als erloschen, so muß er, wenn gleich mehrere Rechtsgelehrte dafür halten, daß außer dem Zeitablauf auch bona fides zur Präscription nöthig wäre, welche sich mit einer wissentlich vorhandenen Schuld unmöglich verträgt, die exc. praescriptionis dennoch erheben. Sein gegen ihn der Unterlassung halber, während diese Einrede aus den Acten von selbst hervorging, Regreß nehmender Client müßte dann aber freilich erst gegen ihn beweisen, daß er durch diese Einrede wirklich von der Zahlung befreit worden wäre, Schwarze u. Heyne Untersuch. prakt. wicht. Materien d. Civilr. S. 278. Von der deshalb wider ihn zu erhebenden Regreßklage würde ihn auch der Umstand nicht befreien, daß sein Client eine nachträglich ausgestellte Proceßvollmacht auch auf Genehmigung der bisherigen Proceßverhandlungen erstreckt hat, indem daraus ein Verzicht auf alle gegen den bevollmächtigten Anwalt wegen dessen vorhergegangener Verschuldungen geltend zu machender Ansprüche besonders dann nicht abgeleitet werden kann, wenn solche von dem Clienten erst später wahrgenommen wurden, Schwarze u. Heyne a. a. O. S. 280., oder wenn die Partei rechtsunkundig war, denn einer solchen schadet der Rechtsirrthum nur dann, wenn sie einen Rechtsgelehrten, da, wo sie konnte, nicht zu Hilfe nahm; Du-Prel Samml. von Rechtsfällen 2c. Bd. I. S. 94. Daß jede Regreßklage gegen den Anwalt durch den Beweis bedingt ist, daß ohne das vom Anwalt begangene Versehen der Sieg Rechtens erlangt worden seyn würde, ist nun wohl allgemein anerkannt. Die benachtheiligte Partei kann immer nur verlangen, wenn sie schon gegen ihren eigentlichen Gegner keine Restitution erlangen konnte, doch gegen ihren Anwalt denjenigen Zustand wieder zu erlangen, in welchem sie sich gegen ihren ursprünglichen Widersacher vor der Versäumniß befunden hat, und in die durch die Schuld ihres Anwalts verlorene Stellung zurückversetzt zu werden. Unstreitig müssen ihr daher alle im Proceß vor der von ihrem Anwalt begangenen Nachlässigkeit bereits erlangten Proceßvortheile zu Statten kommen, insbesondere bereits anerkannte Urkunden, geleistete Eide, von den Parteien, oder von dem Richter angenommene Beweismittel, Geständnisse, und selbst Ueberfüh-

rungen aus dem eigenen Ungehorsam des Gegners, aber die durch Versäumniß sachfällig gewordene Partei kann nicht den Angriff gegen ihren Anwalt dahin richten: weil ich durch deine Schuld das Recht nicht erlangt, oder die Befreiung von dem wider mich erhobenen Anspruch nicht erzielt habe, so mußt du mir ersetzen, was ich durch den Proceß von meinem Gegner zu erlangen bezweckt habe. Denn das bloße Versäumniß des Anwalts in Geltendmachung irgend eines Rechtsbehelfs involvirt ja noch nicht die Gerechtigkeit der Sache selbst, auf welche es doch vorzüglich ankommen muß. Die Versäumniß einer Proceßhandlung kann wohl die Ursache des Schadens (causa efficiens) seyn, aber sie ist noch nicht der Schade selbst, nur das wirklich existirende und erweisliche Recht ist der Gegenstand des Schadens, um dessen Ersatz es sich handelt, und dieses bleibt ungewiß und unentschieden, wenn blos wegen eines Versäumnisses definitiv erkannt worden ist, Kori im civilist. Archiv Bd. V. S. 399. Freilich ist die Lage einer gegen ihren Anwalt Regreß nehmenden Partei unter diesen Umständen mißlich genug, und es können ihr unmöglich alle Vortheile wieder verschafft werden, welche sie gegen ihren eigentlichen Gegner gehabt hätte, wenn das Versäumniß nicht eingetreten wäre. So einleuchtend dies schon von Andern gezeigt ist, Kori a. a. O. Boehmer J. E. P. Lib. I. Tit. 35. §, 48., Pütter auserles. Rechtsfälle Bd. I. Resp. 156., so folgt doch daraus nichts anderes, als daß die Regierung, welche den Parteien die Anwälte zuordnet, ihnen auch genügenden Schutz gegen sie gewähren, demnach in Fällen, wo erwiesenermaßen dem Anwalt allein die Schuld eines widrigen Erfolges beizumessen ist, der unschuldigen Partei allemal, die Sache mag taxabel oder unschätzbar seyn, durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand geholfen werden sollte. Die Gesetzgebung sollte dieses schon deswegen thun, weil nur dadurch die häßliche Abnormität zu beseitigen ist, daß der Anwalt gegen seine Partei, welche ihm alles anvertraut hat, was sie keinem Andern vertraut hätte, nun als ihr Gegner auftritt, daß derselbe Anwalt öfters das nämliche Rechtsverhältniß, welches er zu vertheidigen und zu verfolgen übernommen hatte, nunmehr selbst zu bestreiten in den Fall gesetzt ist, endlich daß, indem der jetzige Regreßproceß über Ansprüche oder Befreiungen Dritter geführt wird, besonders dann, wenn es auf Eide ankommt, unüberwindliche Schwierigkeiten entgegenstehen. Dabei kommt noch zu bedenken, daß man in der Praxis auf Fälle stößt, in welchen die Gerichte den Anwalt selbst für eine wirkliche Versäumniß nicht für verantwortlich erkennen, Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. VI. S. 352. no. 5., wo

der Anwalt von Versäumniß eines Appellationstermins deswegen freigesprochen wurde, weil eine mangelhafte Gesetzredaction ihn in einen Irrthum über die Dauer der Appellationsfrist versetzt hatte. Ein Rechtsirrthum kann den Anwalt nicht verbindlich machen, wenn es ein solcher ist, welchen der Richter von Amtswegen verbessern muß, Glück Thl. V. S. 112., Leyser Med. Sp. 256. §. 1., auch nicht ein solcher, welcher durch Undeutlichkeit des Gesetzes veranlaßt ist, denn auch hier ist der Richter verpflichtet, die richtige Auslegung von selbst zu machen; Arnold a. a. O. S. 402.

Zu 8 a) Hinsichtlich der Regreßklage gegen Schätzleute pflegt man häufig die Bestimmungen des R. R. über die Verbindlichkeit der mensores, l. 1. pr. §. 1. l. 2. §. 1. D. 11. 6., zum Grund zu legen, mithin sie nur für dolus und culpa lata verantwortlich zu machen. Die heutige Anwendbarkeit der singulären römischen Bestimmungen in Betreff der mensores ist aber wohl mit Grund bestritten, Sintenis Civilr. Bd. II. §. 119. Anm. 2., weil diese ganze eigene Institution, von welcher es in l. 1. cit. heißt: magis operam *beneficii* praeberi, nicht mehr existirt. Der heutige Gerichtsbrauch, sagt Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 376., wird unbedenklich eine Haftung wegen jeglicher Verschuldung annehmen.

In einem Fall, wo ein Hypothekgläubiger durch unrichtige Schätzung des verpfändeten Gegenstandes getäuscht worden ist, hat das O.-A.-G. zu München die Regreßklage auch einem späteren Hypothekgläubiger zugestanden, welcher durch die nicht wegen seines, sondern wegen eines früheren Darlehens geschehene Schätzung getäuscht und beschädigt wurde; s. Arnold pr. Erört. H. 3. S. 392. Die Verjährung der Klage betr. s. l. 4. D. 11. 6.

Zu 9) Vorbersamst ist hier in Betracht zu ziehen, ob es sich hinsichtlich der aufgeworfenen Frage bei unmittelbaren und mittelbaren Landesgerichten, bei unmittelbarer landesherrlicher Rechtspflege und der jurisdictio mandata ganz gleich verhalte. — In mehreren Beziehungen unterliegt dies wohl gar keinem Zweifel, doch aber insofern, als man vernünftiger Weise behaupten kann: derjenige, für welchen ich haften soll, muß mir auch vollständig untergeordnet seyn. Dies ist nun wohl bei den unmittelbaren Staatsdienern in ihrer Stellung zu der höheren Staatsgewalt der Fall, nicht aber bei den mittelbaren Gerichtsbeamten dem Inhaber der Gerichtsbarkeit gegenüber, denn der Patrimonialrichter ist in den neueren Verfassungen vom Gerichtsherrn ganz unabhängig gestellt, und vielmehr den Staatsbehörden subordinirt. Der Gerichtsherr darf nicht von den Justizgeschäften specielle

Cognition nehmen, keine Weisungen geben, nicht durch Dienst-Instructionen den Beamten auf eine Weise binden, wie er sie eben für seine Sicherheit zuträglich erachtet. Deshalb behaupten v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. IV. no. 50., der Gutsherr könne h. z. T. nur dann subsidiär zu haften gehalten seyn, wenn er entweder durch eigenes Verschulden zu dem vom Gerichtshalter verursachten Schaden concurrirt, oder wenn er dasjenige vernachlässigt hat, was ihm in den neuen Landesordnungen zur Pflicht gemacht ist, z. B. bei der Wahl und Anstellung seines Beamten die gehörigen Vorsichtsmaßregeln zu beobachten, im Allgemeinen auf die Dienstführung des Gerichtshalters zu achten, und etwaige Beschwerden gegen denselben zur Kenntniß der Oberbehörde zu bringen. Allein für andere Unrichtigkeiten im Dienste, z. B. wenn der Gerichtshalter in einem Concurswesen an einen jüngeren Gläubiger Zahlungen macht, von welchem sich in der Folge ergibt, daß er nicht zum Zug kommen konnte, oder die Erbschaftsgelder an einen der Erben ohne Caution oder ohne Vollmacht der Miterben verabfolgt, könne kein Regreß an den Gerichtsherrn stattfinden, und er brauche solche Fehler der Unachtsamkeit, solche Irregularitäten nicht zu vertreten, weil er sie nicht zu verhindern im Stande war. Allein, da die Staatsgewalt doch ebensowenig dergleichen im Voraus zu verhüten vermag, wer sollte dann den entstandenen Schaden auf sich nehmen, als der Präponent desjenigen, welcher ihn widerrechtlich den Gerichtseingesessenen zugefügt hat? Es wird diesem daher nichts anderes übrig bleiben, als sich durch Amtscautionen möglichst gegen Nachtheile zu sichern, welche mit der Gerichtsherrlichkeit verbunden sind, und welche derjenige, welcher sich ihre Vortheile zueignet, und die Sporteln aus den Gerichtshandlungen bezieht, unmöglich von sich weisen kann.

Wohl zu merken ist übrigens, daß der dominus jurisdictionis, wenn es sich von Vergehen oder Verbrechen des Justizbeamten handelt, nur für solche haftet, welche dieser innerhalb der Grenzen seines amtlichen Wirkungskreises begangen hat, l. 5. §. 11. D. 14. 3. gleichwie nach den Regeln des Mandatsvertrags der mandans nur insoweit, als der Mandatar intra fines mandati gehandelt hat, verpflichtet ist. Unstreitig ist dies der Fall bei Deposital-Defecten, vorausgesetzt, daß der Deponent die über Annahme und Bescheinigung von Depositen bestehenden Gesetze und Verordnungen*) gehörig beobachtet hat. Zuweilen liegt

*) Diese müssen aber auf eine zulängliche Weise promulgirt seyn, und auch außerdem wird wohl mit Recht gefordert, daß darin der Verlust eines

es aber nicht factisch bestimmt vor Augen, daß der Beamte wirklich in amtlicher Eigenschaft gehandelt habe. Z. B. W., Vorstand einer Militär-Montur-Depot-Commission, kauft für 2000 Fl. Leder ein, liefert es aber nicht zum Depot, sondern verkauft es zu eigenem Vortheil, dissipirt den Erlös und stirbt überschuldet. Kann nun der Verkäufer des Leders wegen des unbezahlt gebliebenen Kaufpreises den Staat in Anspruch nehmen? Gewiß nur dann, wenn er beweist, daß W. das Geschäft in seiner Eigenschaft als Vorstand der Depot-Commission abgeschlossen habe, und daß er nach seinem Dienstverhältniß auch dazu befugt gewesen sey, Du-Prel a. a. O. Bd. I. S. 88. Eine unzweifelhafte Amtshandlung ist es dagegen, wenn ein Rentamt zur Betreibung von Gefäll-Rückständen seines Amtsuntergebenen Execution auf das bei einem Gericht befindliche Depositum ausbringt, dieses sofort bezieht, aber den Betrag weder vollständig zur Tilgung der Gefälle verbraucht, noch dem Eigenthümer den Rest des Depositi hinausgibt, Du-Prel a. a. O. Bd. I. S. 105. Zweifelhafter scheint die Haftungsverbindlichkeit des Präponenten in dem Fall zu seyn,

---

Anspruches auf den Fall der Nichtbeobachtung ausdrücklich angedroht seyn müsse, als wodurch die Parteien selbst verpflichtet erscheinen, dagegen eine an den Beamten gerichtete Instruction nur diesen verbindlich macht, die Parteien aber keine Verbindlichkeit haben, ihn zu controliren; Du-Prel Samml. von Rechtsfällen ꝛc. K. Bayerischer Gerichte Bd. IV. S. 202., Scholz u. Gans jurist. Magazin Bd. II. H. 4. S. 407., Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 355. 397. Hat übrigens der Deponent jene formellen Vorschriften beobachtet, so kann er einer Contestation darüber, ob auch eine justa causa deponendi vorhanden war, nicht weiter ausgesetzt seyn, denn ihm gegenüber ist diese vom Gericht bereits durch das Annahmsdecret anerkannt, Scholz u. Gans a. a. O., Seuffert u. Glück a. a. O. Bd. III. S. 242. und gesetzt auch er hätte das Daseyn eines Depositionsgrunds irrig angenommen, so kann man deshalb nicht sagen, die lex propositionis sey überschritten, oder er habe außer seiner Amtssphäre gehandelt, s. Seuffert u. Glück a. a. O. Bd. X. S. 161. 172. ꝛc. Bd. XII. S. 203.

Gleichgiltig ist es auch, ob das Gericht in der Sphäre der streitigen oder unstreitigen Gerichtsbarkeit vorgängig oder gleichzeitig, befehlend oder bewilligend verfügt hat, aber nicht wohl kann man zustimmen, wenn Seuffert u. Glück a. a. O. Bd. IV. S. 355. es dem Bürger und Bauer, welcher einen eingeschlichenen Mangel an den vorgeschriebenen Formen übersehen hat, wegen seines Submissionsverhältnisses und der Pflicht des Gehorsams und Vertrauens nicht zur Schuld zugerechnet wissen wollen. Soll denn seine Unwissenheit oder Unvorsichtigkeit dem Staat zum Schaden gereichen? Dies könnte nur dann behauptet werden, wenn solche Vorschriften blos in Amts-Instructionen niedergelegt, und nicht genugsam promulgirt werden wären.

wenn der Beamte sich zur Ausübung einer wirklichen Amtshandlung eines gemeinen Verbrechens bedient hat. Z. B. der Gerichtshalter bekommt von Privaten Gelder mit dem Ersuchen, sie bei seinen Gerichts-Eingesessenen auf sichere Hypotheken auszuleihen, verwendet aber statt dessen die Gelder in eigenen Nutzen, und täuscht denjenigen, welcher sie ihm anvertraut hat, durch falsche Hypothekenbriefe auf Leute, die kein Geld bekommen haben, ja vielleicht gar nicht existiren. Nun ist zwar die Annahme von Geldern zum Ausleihen kein Amtsgeschäft, wohl aber Fertigung von Hypothek-Urkunden. Demungeachtet wird die Gerichtsherrschaft demjenigen, welcher dem Gerichtshalter die Gelder mittelst eines Privat-Auftrags übergeben hat, nicht verantwortlich gemacht werden können, denn eine Verbindlichkeit hat derselbe doch nur durch Annahme der Gelder, also durch ein bloßes Privatgeschäft contrahirt, welches ganz außer den Grenzen seines amtlichen Wirkungskreises liegt, durch welches also die Gerichtsherrschaft nicht verpflichtet werden kann. Daran kann es nichts ändern, daß er dabei seine Amtseigenschaft zur Begehung eines gemeinen Verbrechens, eines Betrugs, benutzt hat, s. Seuffert u. Glück a. a. O. Bd. VII. S. 141.

Eine andere Frage ist, ob in den Fällen einer wirklichen Haftungsverbindlichkeit der dominus jurisdictionis unmittelbar oder nur subsidiär nach fruchtloser Ausklagung seines Beamten einzustehen habe? Mehrere Rechtsgelehrte behaupten überhaupt nur eine subsidiäre Verbindlichkeit, v. Bülow u. Hagemann a. a. O. Bd. IV. no. 50. S. 263., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VII. S. 240., Struben rechtl. Bed. Thl. II. no. 85. und ein im jurist. Magazin von Scholz u. Gans Bd. II. S. 407. angeführtes Erkenntniß des O.-A.-G. zu Cassel. Dies kann aber nicht so schlechthin behauptet werden. Begeht z. B. der Gerichtsbeamte eine Veruntreuung an Depositen, so ist gewiß die Ansicht derjenigen richtiger, welche dem Präponenten, es sey nun der Staat, oder ein Private, die prinzipale Haftung auflegen, Du-Prel a. a. O. Bd. IV. S. 203., Schwarze u. Heyne a. a. O. S. 222. u. 231., Schaumburg Einl. in die Sächs. Rechte (Ed. 3.) S. 1251., Biener Syst. proc. §. 26. i. f., Geiger u. Glück merkw. Rechtsfälle Bd. II. no. 22. §. 19., Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. III. S. 241. Bd. IV. S. 397. und die bei Du-Prel a. a. O. angeführten Erkenntnisse des O.-A.-G. zu München. Nicht der vom Staat zur Bewahrung der Depositen aufgestellte Beamte, sondern der Staat, überhaupt der Gerichtsherr, ist, indem er sich gegen gewisse Depositalgebühren der Last unterzieht, als der eigentliche Depositar anzusehen. Nach l. 5. §. 8. D. 14. 3. (de

instit. act.) steht es dem Beschädigten völlig frei, im Falle eines vom praepositus begangenen Diebstahls an den anvertrauten Gegenständen entweder diesen act. furti zu belangen, oder den Geschäftsherrn mit der act. quasi institoria anzugreifen; auch muß dieser, da das Gesetz die Haftungsverbindlichkeit nicht auf den Ersatz der rei aestimatio beschränkt, das volle Interesse prästiren; §. 10. J. 4. 3. — l. 1. §. 23. 24. D. 16. 3. Die Partei kann nicht an das Vermögen des treulosen Beamten gewiesen werden, weil sie es nicht mit diesem, sondern mit dem Amte zu thun hatte. Bei Veruntreuungen hinterlegter Gelder ist es daher, um den Präponenten auf Ersatz zu belangen, genug, daß diese nicht mehr vorhanden sind. Ist der Beamte, welcher durch Dienstvernachlässigung Privaten in Schaden versetzt hat, inzwischen zu einer anderen Stelle befördert worden, so kann die Ersatzklage ohnedies nur gegen den Präponenten gerichtet werden, weil nach geendigtem Mandat nicht mehr gegen den Mandatar, sondern nur gegen den Mandanten die Klage stattfindet; l. 20. D. 14. 3., Glück Thl. XIV. S. 196. u. 247. Es gibt indessen noch manche nicht einmal strafbare Handlungen, durch welche der Gerichtsbeamte die Parteien in Schaden und Verlust versetzen kann, indem er aus Unwissenheit oder Unaufmerksamkeit deren Rechte gar leicht zu verletzen im Fall ist. Da kommt es denn darauf an, ob die Syndicatsklage gegen das Gericht stattfindet oder nicht. Findet diese nicht statt, so ist auch der Gerichtsherr folgbar gegen einen Angriff gedeckt; findet sie aber statt, so bringt es die Ordnung von selbst mit sich, daß der Gerichtsherr nur insoweit, als der Gerichtsbeamte, gegen welchen die Syndicatsklage allein gerichtet werden kann, die Entschädigung nicht zu leisten vermag, auf vorgängige Adcitation oder Streitverkündung einzustehen hat.

---

§. 330.

5. Alienatio in fraudem creditorum facta. Actio Pauliana.

Dig. XLII. 8. quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur. Cod. VII. 75. de revocandis his, quae in fraudem creditorum alienata sunt.

In Ansehung der von dem Gemeinschuldner noch vor Ausbruch des Concurses zum Nachtheil seiner Gläubiger vorgenommenen Handlungen und der Rechtsmittel hiergegen entstehen folgende Fragen:

1) Worin besteht das Wesen der Paulianischen Klage und des interdicti fraudatorii?

2) Von wem und gegen wen kann die Paulianische Klage oder auch das Interdict angestellt werden?
3) Auch gegen den dritten Besitzer der vom Schuldner veräußerten Sache?
4) Was hat der Fiscus hierbei für besondere Privilegien?
5) Was wird hier unter Veräußerung verstanden?
6) Was wird zur Begründung der Paulianischen Klage vorausgesetzt?
   a) auf Seite des Schuldners: was für Handlungen desselben können der Revocation unterliegen, und wie müssen sie beschaffen seyn?
   b) auf Seite des Empfängers der veräußerten Gegenstände?
7) Muß die betrügliche Absicht des Schuldners und deren Mitwissenschaft von Seite des Empfängers da, wo diese überhaupt erfordert wird, bewiesen werden?
8) Wenn ein Vormund für den Mündel etwas erworben hat, der Letztere aber nicht, sondern nur der Erstere um die betrügliche Absicht des Schuldners wußte, findet dann gleichwohl die Restitutionsklage gegen den Mündel statt?
9) Wie, wenn der Procurator für seinen Gewaltgeber erworben hat, und nur Ersterer conscius fraudis war?
10) Findet die Paulianische Klage wegen eines dem Schwiegersohne vom Schwiegervater gegebenen Heirathsgutes statt?
11) Wenn eine Frauensperson ihrem Ehemanne ihr ganzes Vermögen zum Heirathsgut überlassen hat, können deren Gläubiger das Weggegebene vom Ehemanne mit der actio Pauliana erholen, und haben sie diese Klage dazu nöthig?
12) Welcher Verjährungszeit ist die Paulianische Klage unterworfen?

Zu 1) Die act. Pauliana ist das petitorische, das interdictum raudatorium das possessorische Rechtsmittel, um eine vom Schuldner bei materieller, doch nicht formeller Insolvenz vorgenommene, nach strengem Recht giltige, aber wegen der auf Hintergehung seiner Gläubiger zielenden bösen Absicht für unbillig erachtete Veräußerung oder Vermögensverringerung des Schuldners aufzuheben resp. den Besitz des Veräußerten wieder herzustellen; l. 67. §. 1. D. 36. 1. — l. 96. pr. D. 46. 3. Vergl. v. Keller Pand. §. 370. a. E., Arndts Pand. §. 228. Anm. 1., Brinz Pand. I. §. 123.

Zu 2) Von den Gläubigern, welchen und, insoweit als die Vermögensverringerung ihnen zum Nachtheil gereichte, l. 10. §. 1. l. 15. D. 42. 8., bei welchen also Absicht und Erfolg zusammentraf (oder in deren Namen vom Massacurator), kann die Klage erhoben werden gegen den, mit welchem der Schuldner den seine Gläubiger beschädigenden Vertrag geschlossen hat, nicht aber gegen dessen Erben, außer so weit sie noch bereichert sind; l. 11. D. 42. 8. — cf. §. 4. J. 4. 7.

Zu 3) Gegen den Dritten nur dann, wenn er bei der Erwerbung der Sache in mala fide war; l. 9. D. 42. 8.

Zu 4) Der Fiscus ist hier dergestalt privilegirt, daß er

a) nicht blos Verringerung des schuldnerischen Vermögens, sondern auch die Unterlassung einer Erwerbung*) retractiren kann, l. 45. pr. D. 49. 14., versteht sich, wenn sie in fraudem fisci geschah, Dabelow Conc. d. Gläub. S. 474., Happel Beobacht. beim Ausbruch eines Conc. S. 157., Beckmann D. de debitore obaerato. Goett. 1774. §. 27. etc., l. 11. §. 1. D. 40. 9., was nicht gerade zu vermuthen ist; l. 26. D. 49. 14.

b) Daß er gegen den dritten Besitzer ohne Unterschied, ob dieser titulo oneroso oder lucrativo und ob er bona oder mala fide erwarb, die veräußerten Gegenstände revociren kann; l. 45. pr. l. 18. §. 10. l. 21. D. 49. 14.

c) Daß er jede zu seinem Nachtheil, wenn auch ohne Arglist, von seinem Schuldner an einen Gläubiger desselben geleistete Zahlung zurückfordern kann, auch wenn das Geld nicht mehr bei diesem vorhanden ist, l. 18. §. 10. l. 21. D. 49. 14., jedoch ohne Zinsen, l. 19. eod. — l. 5. C. 7. 75., insbesondere, wenn er mit pecunia publica gezahlt hat, d. i. mit solchen Geldern, welche der Staatscassirer für öffentliche Rechnung eingehoben hat; §. 1. 11. J. 1. 2. — l. 1. pr. D. 1. 8. — l. 15—17. D. 50. 16. — l. 11. pr. D. 22. 1. — l. 1. l. 2. l. 4. §. 4. l. 9. §. 2. D. 48. 13. Außerdem wird vorausgesetzt, daß die Zahlung geschah, um den Fiscus zu benachtheiligen, daher die Zurückforderung wegfällt, wenn der Schuldner einem dem Fiscus vorgängigen Gläubiger zahlte, Leyser Sp. 497. med. 2. 3., Brinkmann wissenschaftl. prakt. Rechtskunde Bd. I. S. 127., oder auch, wenn der

---

*) v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. S. 436. und Thibaut Syst. §. 689. (Ed. 8.) dissentiren hier bezüglich l. 26. D. 49. 14., welche sich jedoch aus anderen Gründen erklären läßt; Happel a. a. O., Dabelow a. a. O.

Fiscus wenigstens vor dem sine gratificatione bezahlten Gläubiger kein Vorrecht hatte; Happel a. a. O. S. 156., Geiger u. Glück merkw. Rechtsfälle Thl. III. no. 43., Rudorff im Rhein. Mus. Bd. I. H. 1. u. 2.

Zu 5) Jede Handlung [oder Unterlassung], durch welche der Schuldner sein bereits erworbenes Vermögen verringert, nicht also Entschlagung oder Enthaltung einer erst zu machenden Erwerbung, z. B. Ausschlagung eines Legats, Nichtantretung einer Erbschaft, l. 6. pr. §. 1. 2. D. 42. 8. — l. 2. 3. 6. C. 7. 75., oder unterlassener Abzug der falcidischen oder trebellianischen Quart 2c.; l. 19. l. 20. D. 42. 8.; v. Keller Pand. §. 370. no. 1.

Zu 6a) Eine vom Schuldner bei der Kenntniß seines insolventen Zustandes freiwillig oder willkürlich, mit der Absicht, seinen Gläubigern zu schaden, vorgenommene Verringerung des Vermögens.

Hier sind verschiedene Fälle zu unterscheiden:

I. Zahlung einer völlig wirksamen und bereits fälligen Schuld. Die ziemlich herrschende Meinung,*) daß eine solche Zahlung gleichwohl dann, wenn sie gratificationsweise geschah, nämlich wenn der Schuldner unter mehreren fälligen Schulden bei gleichzeitigem Andringen der mehreren Gläubiger die eine Schuld bezahlt hat, während er die anderen nicht mehr bezahlen konnte, hat ebenso wie die eingeschränktere Behauptung Anderer, daß dieses nur dann gesagt werden könne, wenn nicht blos auf Seite des Cridars consilium fraudandi, sondern auch auf Seite des befriedigten Gläubigers conscientia fraudis vorhanden war,**) neuerlich einen wohl nicht zu überwindenden Angriff von v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 697. erlitten, indem derselbe, übereinstimmend mit der vorzüglichen Abhandlung von Francke im civilist. Archiv Bd. XVI. §. 2. S. 133.,

---

*) Stryck D. de cautel. contract. Sect. IV. cap. 1. §. 10., Struv Synt. Ex. 40. th. 80., Wernher Obs. for. T. III. obs. 147., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 42. tit. 8. §. 18., Happel Erörter. der beim Conc. vorkommenden wichtigsten Gegenstände S. 154., Reinhardt die Lehre v. Gant §. 16. S. 372., Dabelow ausführl. Entwickel. der Lehre v. Conc. S. 425., Günther Princ. jur. Rom. T. II. §. 1257., Mackeldey Lehrb. §. 768., Kori Syst. des Concursproc. Bd. I. §. 44., Schweppe Syst. des Conc. §. 68, Gottschalk sel. Disc. for. T. I. cap. 36.

**) Stepf Lehre v. Contradictor §. 51., Oeltze D. de creditore sibi vigilante. Jen. 1770. §. 25 etc., Laspeyres im civilist. Archiv. Bd. XXI. S. 35.

den auch schon von mehreren früheren Schriftstellern**) behaupteten Satz: daß ein Gläubiger, welcher die Zahlung einer wahren und auch bereits fälligen Schuld einzieht, unter keinen Umständen der Paulianischen Klage ausgesetzt seyn könne, außer Zweifel setzt. Der Grund des Prätorischen Edicts: quae fraudationis causa gesta erunt, kann nämlich auf den Gläubiger, qui suum recipit, nicht Anwendung finden, weil es keine Verbindlichkeit gibt, auf ein wohlbegründetes Recht zu verzichten, um von Andern einen Verlust entfernt zu halten. Qui jure suo utitur, nemini facit injuriam. Ganz consequent sagt daher l. 129. pr. D. 50. 17.: nihil dolo creditor facit, qui suum recipit, und so wird er denn auf das Bestimmteste vom Edict ausgenommen in l. 6. §. 6. u. 7. D. 42. 8.: Qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc Edictum. So auch l. 24. i. f. D. 42. 8., vergl. auch l. 10. §. 16. h. t. Ebenso l. 10. §. 13. D. h. t., wo die Pfandgebung für eine ältere Schuld in Gegensatz mit Zahlung einer Schuld gestellt und das hac actione tenebitur ausdrücklich nur von ersterer zum Unterschied von letzterer ausgesprochen ist; vergl. auch unten Fr. 10. Die Ueberzeugung, daß die entgegengesetzte Meinung, hinsichtlich deren zu vergleichen ist Laspeyres im civil. Archiv Bd. XXI. S. 48. u. Glück Thl. XXV. S. 14., nicht aus den dafür angeführten Gesetzstellen gerechtfertigt werden könne, kann wohl nur aus den gründlichen Ausführungen bei Francke und v. Vangerow a. a. O. vollständig geschöpft werden; hier

---

*) Weishaar über Conc. u. Präcurs S. 34., v. Almendingen über den materiellen und formellen Conc. S. 81., Hufeland Lehrb. d. Civilr. Bd. II. §. 2045. Gewissermaßen kann auch Walch Opusc. T. III. Sect. 3. Ex. 9. hierher gerechnet werden, denn ob er gleich die act. Pauliana in dem Falle, wenn der Empfänger der Zahlung gleichfalls, wie der Gemeinschuldner, in dolo ist, stattfinden läßt, so gesteht er doch zu, daß Ersterer durch die bloße Sorge für sich niemals einen dolus begehen könne, sondern nur dadurch, daß er andere Gläubiger verhindert, ebenfalls für ihre Befriedigung zu sorgen. Aehnlich ist die in v. Rüling Entscheid. d. O.-A.-G. zu Celle angeführte Entscheidung no. 86.: „Die act. Pauliana findet zwar der Regel nach gegen alle vom Gemeinschuldner gratificirte Gläubiger statt. Diese Gratification ist von der Zeit der Insolvenz an zu rechnen. Allein die Kunde von der Unzahlfähigkeit ist bei dem Gläubiger nicht vorauszusetzen, vielmehr hat jeder derselben das Recht für seine Zahlung zu vigiliren."

müssen wir uns auf bloße Andeutungen beschränken. Die l. 24. D. 42. 8. kann wohl gar nichts entscheiden, denn am Ende wird sogar im Gegentheil das vigilantibus jura sunt scripta wiederholt geltend gemacht, und in dem ersten Theile dieser Gesetzstelle wird ebenso wie in l. 6. §. 1. 2. D. 42. 5. eine der Paulianischen Klage ganz fremde Frage behandelt, nämlich inwieweit das, was ein Pupill als suus heres in seiner Erbenqualität gethan hat, wenn er hinterher abstinirt, rechtsbeständig bleibe; cf. l. 44. D. 29. 2. Die l. 96. pr. D. 46. 3. behandelt den Fall einer vom Vormund an einem Activo des Pupillen begangenen unredlichen Handlung, zu welcher der Schuldner wissentlich geholfen hat, gehört also auch nicht hierher. Vergl. Arndts Pand. §. 228. Anm. 3.

II. Zahlung einer noch nicht fälligen Schuld. Hier geben Mehrere, und namentlich auch Francke a. a. O. u. Laspeyres a. a. O. der act. Paul. statt, und wenn Gratification der eigentliche entscheidende Grund zur Revocation von Seite der anderen Gläubiger wäre, so ließe sich dagegen nichts einwenden, da im Mangel eines zur Zeit wirksamen Rechts offenbar nur eine Gratification der gewöhnliche — obgleich nicht immer nothwendige — Charakter dieser Handlung seyn wird, und hiernach wäre z. B. ein Erk. d. O.-A.-G. zu Dresden, s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1850. S. 225., nicht zu tadeln, welches in dem Falle, da ein mit Execution bedrohter Ehemann sein Mobiliar an seine Frau verkaufte, um ihr mittelst des Kaufwerthes ihre Illaten zurückzugewähren, der act. Paul. gegen sie stattgab. Allein da doch zur Paulianischen Klage schlechterdings mala fides des Empfängers unbestrittenermaßen erfordert wird, die Eigenschaft desjenigen, qui suum recepit, aber nach den oben angeführten Gesetzen malam fidem ausschließt, so möchte höchstens fraus in tempore nach l. 10. §. 12. l. 17. §. 2. D. 42. 8. angenommen, folglich der Zurückforderung nur in Ansehung des commodum repraesentationis oder des Interusuriums stattgegeben werden können; Unterholzner Schuldverh. Bd. II. §. 348. S. 99., v. Vangerow a. a. O., Sintenis Civilr. II. §. 124. Anm. 25. Auf eine blos natürliche Forderung muß man consequent dasselbe anwenden, was von einer obligatio civilis, welche noch nicht wirksam und klagbar ist, gilt.

III. Pfandbestellung oder auch datio in solutum bildet ein neues

Rechtsgeschäft, wobei allerdings von mala fides auf Seite des Empfängers die Rede, mithin die Paulianische Klage möglicher, wenngleich nicht nothwendiger Weise anwendbar seyn kann; l. 6. §. 6. l. 22. l. 25. §. 3. D. 42. 8. Das O.-A.-G. zu Dresden erkannte sie bei der datio in solutum dergestalt für zulässig, daß beide Streittheile pro rata ihrer fälligen Forderungen den Werth der in solutum gegebenen Sachen erhalten. Die Meinung Francke's im civil. Archiv Bd. XVI. S. 262. 269., daß dieselbe immer als Gratification gelten solle, hat im Sächs. Gerichtsbrauch keinen Eingang gefunden; Gottschalk Disc. for. T. I. pag. 36., Curtius Handb. §. 587.

Eine Pfandbestellung auf gerichtliche Klage, oder außergerichtliches Andringen des Gläubigers unterliegt der act. Paul. nicht, denn da macht der Gläubiger keinen lucrativen Erwerb, indem er auf längere Zeit creditirt und sich anderen Schwierigkeiten und Gefahren aussetzt; anders ist es aber, wenn der Schuldner, ohne daß für eine fällige Schuld ein Andringen des Gläubigers vorlag, eine Hypothek bestellt, denn da macht er einen lucrativen Erwerb, indem er zu seinem Forderungsrecht noch ein neues Recht, das Pfandrecht, ohne Gegenleistung erhält; Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XIV. S. 25.

IV. Das Aufgeben von Rechten und Forderungen ist der act. Paul. nach deren allgemeinen Grundsätzen unterworfen, l. 1. §. 2. l. 2—5. l. 10. §. 14. l. 18. l. 22. l. 23. D. 42. 8., nicht aber das Unterlassen einer Erwerbung, das fiscalische Privilegium ausgenommen; l. 45. pr. l. 18. §. 10. l. 21. D. 49. 14.

V. Verschenkt der Schuldner etwas, während er seinen insolventen Zustand kennt, so kann dieses immer von den Gläubigern revocirt werden, so weit der Beschenkte bereichert ist, gleichviel, ob der Beschenkte den insolventen Zustand des Schenkers kannte, oder nicht; l. 5. C. 7. 75. — l. 6. §. 11. u. 13. l. 25. pr. D. 42. 8.

VI. Auch ein zum Nachtheil der Gläubiger vorgenommener zu wohlfeiler Verkauf oder ein verkürzender Vergleich ist der Revocation durch die Paulianische Klage unterworfen, l. 5. C. 7. 75. — l. 7. D. 42. 8., Unterholzner a. a. O. §. 345. S. 93., Stepf die Lehre v. Contradictor §. 48. (Ed. 2.), vorausgesetzt jedoch, daß der Andere um den Betrug

wußte, denn blos dieses, daß er wußte, sein Contrahent habe Gläubiger, kann den Contract nicht ungiltig machen; l. 10. §. 2. u. 4. D. 42. 8.

Im Allgemeinen dürften demnach folgende Sätze fest stehen:

a) Die Paulianische Klage kann nur begründet werden gegen ein Rechtsgeschäft, welches ein Weggeben und zwar (den Fall no. V. abgerechnet) von Seite des Weggebenden consilio fraudandi, und mit conscientia fraudis auf Seite des Empfängers stattgefunden hat.*)

b) Annahme einer schuldigen Zahlung kann nicht in das Gebiet der Paulianischen Klage fallen, weil dabei nicht erst ein Rechtsgeschäft eingegangen wird, und weil der Empfänger da den Gebenden — die vorhin no. II. bemerkte Modification abgerechnet — gar nicht als einen Weggebenden, wie das Gesetz es voraussetzt,**) anzusehen hat. Auch wußten ja sämmtliche Gläubiger, daß ihr Schuldner, so lange sie ihm die volle Dispositionsfreiheit ließen, seine Verbindlichkeiten erfüllen konnte und wohl auch mußte, nemo autem videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt; l. 145. D. 50. 17. Anders kann man auch nicht von dem Falle urtheilen, welcher gewöhnlich als Gratificationsfall aufgestellt wird, da nämlich der Schuldner einen von mehreren gleichzeitig auf Zahlung angedrungenen Gläubigern befriedigt, während er die anderen nicht auch befriedigen zu können wohl weiß. Particeps fraudis kann der Empfänger durch Annahme der Zahlung doch nicht gegen die anderen Gläubiger werden, welche ja mit ihm ganz gleiche Intention hatten; denn hätten sie gewollt, daß der Schuldner keinen von ihnen zur Zeit bezahlen solle, so wäre ihnen ja dazu das geeignete Rechtsmittel offen gestanden, und die Erlangung eines Provisorii ohne Schwierigkeit gewesen; Gönner Handb. d. Proc. Bd. IV. no. 56.

---

*) Dabei ist es gleichgiltig, ob der Veräußerer oder der Empfänger gegewonnen hat. Die Verkürzung der Gläubiger liegt in dem Abhandenkommen des Gegenstandes, woraus Befriedigung gesucht werden könnte, während das Object einer etwaigen Gegenleistung nicht mehr vorhanden und darin die Execution nicht zu erlangen seyn kann; Laspeyres a. a. O. S. 40., Sintenis a. a. O. Anm. 30.

**) l. 3. §. 2. D. 42. 8.: Qui aliquid fecit, ut desinat habere, quod habet, ad hoc Edictum pertinet. Schulden haben ist kein Haben, und Schulden zahlen keine Vermögensverringerung, quia bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno.

Zu 6 b) Auf Seite des Empfängers muß unterschieden werden zwischen einer onerosen und einer unentgeltlichen Erwerbung. Im ersten Falle kann er nur durch Mitwissenschaft der betrüglichen Absicht des Schuldners zur Restitution verbunden werden, l. 1. pr. l. 6. §. 8. l. 10. D. 42. 8.; im zweiten aber bedarf es der Mitwissenschaft des Empfängers gar nicht, um ihn zur Zurückgabe, insoweit er sich bereichert findet, anzuhalten; l. 1. pr. §. 2. l. 6. §. 8. 11. l. 17. §. 1. D. 42. 8. — l. 5. C. 7. 75.

Zu 7) Die Mitwissenschaft eines Empfängers muß, wo rechtlich etwas darauf ankommt, nothwendig bewiesen werden, ausgenommen, wenn er vorher von den Gläubigern gewarnt worden ist, denn dies genügt allein schon; l. 10. §. 3. D. 42. 8.

Die betrügerische Absicht des Schuldners braucht in dem Falle, wenn er sein ganzes Vermögen weggegeben hat, propter evidentiam facti nicht weiter erwiesen zu werden, l. 17. §. 1. D. 42. 8.; die Gläubiger haben aber dann die act. Paul. gar nicht nöthig, weil die Schulden vom Vermögen unzertrennlich sind, l. 72. pr. D. 23. 3., Glück Thl. XXV. S. 12.; in allen anderen Fällen aber muß sie durch concludente Thatsachen constatirt werden, wozu jedoch die Kenntniß der Vermögensunzulänglichkeit für sich allein nicht hinreichen kann, weder auf Seite des Schuldners noch des Empfängers, l. 10. §. 2. u. 5. D. 42. 8., sondern neben dieser Wissenschaft, seinen Verbindlichkeiten nicht Genüge leisten zu können, auch der Mangel einer rechtlichen Nothwendigkeit, etwas von dem Seinigen wegzugeben, wonach dann auf Seite des obärirten Schuldners freilich nur die dolose Absicht übrigbleibt, was er hatte, nicht mehr haben zu wollen, l. 3—5. D. 42. 8., auf Seite des Empfängers aber, falls überhaupt auf seine Mitwissenschaft etwas ankommt (nämlich beim Empfang ex titulo oneroso), schon genügt, daß er per gratificationem, mithin nicht eine schon fällige und klagbare Schuld empfing, l. 6. §. 6. u. 7. l. 24. D. 42. 8., und entweder gewarnt war, oder selbst gewußt hat,*) daß andere

*) A. M. ist Gottschalk sel. Disc. for. T. I. cap. 36. pag. 397., welcher den Fall der Gratification eines wirklichen Gläubigers mit jenem der Schenkung oder des Empfangs ex causa mere lucrativa gleich behandelt, mithin hier ebensowenig den Beweis der Mitwissenschaft des debitorischen Betrugs erfordert, sondern blos das Moment der Gratification zum Beweis aussetzt. Diese Meinung scheint wenigstens für den Fall sich rechtfertigen zu lassen, wenn ein Gläubiger für eine alte chirographarische Schuld, welche er zur Zeit noch nicht einfordern konnte, Pfänder empfing, denn diesfalls liegt der Pfanderwerbung kein titulus onerosus zu Grunde, mithin kommt hier auf die Mitwissenschaft des Gläubigers allerdings etwas an, Dabelow Conc. d. Gläub.

Gläubiger dadurch hintergangen werden; l. 10. pr. §. 2. l. 22. l. 24. D. 42. 8.

Zu 8) Allerdings, insoweit der Pupill dadurch bereichert worden ist; l. 6. §. 10. l. 10. §. 5. D. 42. 8.

Zu 9) Dann findet die Paulianische Klage nur gegen den Procurator, aber nicht gegen den Gewaltgeber statt; l. 25. §. 3. D. 42. 8.

Zu 10) Daß eine versprochene dos in dem Concurs des Vaters als promissor nicht zur Verkürzung der Gläubiger geltend gemacht werden kann, unterliegt keinem Zweifel, denn der Vater war ja nur pro modo facultatum verbunden, und diese sind nur insoweit vorhanden, als sie von Schulden frei sind; l. 72. pr. D. 23. 3. — l. 39. §. 1. D. 50. 16. Auch findet die Zurückforderung der gegebenen dos gegen die Tochter statt, so lange sie dieselbe dem Ehemanne noch nicht wirklich zugebracht hat, wenn sie gleich noch nicht von der Insolvenz ihres Vaters unterrichtet war; l. 10. §. 14. l. 25. D. 42. 8. — l. 2. C. 7. 75. Vorausgesetzt wird hierbei, daß der Vater bei der Zuwendung insolvent war und es auch gegenwärtig ist; Seuffert's Archiv Bd. I. S. 434. Der Schwiegersohn dagegen ist, wenn er die betrügliche Absicht nicht gewußt hat, zu nichts verbunden; l. 25. §. 1. D. 42. 8.

Zu 11) Auch die Bestellung eines Heirathsgutes, welches zwar füglich im ganzen Vermögen bestehen kann, l. 4. C. 5. 12., darf nicht in fraudem creditorum geschehen; l. 10. §. 14. D. 42. 8. Der Ehemann würde aber doch nur als wissentlicher Theilnehmer am Betrug in Anspruch genommen werden können, was er schwerlich seyn wird, denn wer wird wissentlich eine verschuldete Frau heirathen? Allein die Gläubiger haben hier die act. Paul. nicht nöthig, der Ehemann haftet vielmehr schon deswegen, weil von dem Vermögen die Schulden unzertrennlich sind, daher Paulus in l. 72. pr. D. 23. 3. sagt: non plus esse promissione bonorum, quam quod super est deducto aere alieno; cf. l. 39. §. 1. D. 50. 16. Die Gläubiger der Frau

---

S. 437., wobei übrigens noch bestritten ist, wem die Beweislast obliege; Gottschalk l. c. pag. 400. Im Allgemeinen aber wird der Grundsatz, daß jede Art von Liberalität eines obärirten Schuldners oder jede Handlung, welche über die Grenze seiner Zwangsverbindlichkeiten hinausgeht, den Beweis der Mitwissenschaft der betrüglichen Absicht auf Seite des Empfängers überflüssig mache, wofür l. 10. §. 12. l. 17. §. 2. D. 42. 8. zu sprechen scheint, dagegen die folgende l. 18. eod. bestimmter den beiderseitigen animus fraudandi voraussetzt, sich schwer mit dem Grundprincip des Edicts, l. 1. D. 42. 8. — l. 6. §. 8. eod., und überhaupt der restitutio ex capite doli vereinbaren lassen.

können daher, ungehindert des Ehemannes, Einweisung in ihr Vermögen Behufs der Zahlung verlangen; Glück Thl. XXV. §. 1230. S. 12.

Zu 12) Diese Klage dauert 4 Jahre, wenn sie wider denjenigen, welcher am Betrug des Schuldners Theil genommen hat, ohne Rücksicht, ob er dadurch reicher geworden ist, gerichtet wird; l. 1. D. 42. 8. Gegen den durch den Betrug des Schuldners bereicherten Beklagten aber, wenn die Gläubiger blos einen unbillig erlangten Gewinn herausfordern, dauert sie 30 Jahre; l. 10. §. 24. D. 42. 8., Glück Thl. V. §. 439. S. 440.

---

§. 331.

6. Alienatio judicii mutandi causa facta.

Dig. IV. 7. Cod. II. 55. de alienatione judicii mutandi causa facta.

1) Hat die actio in factum wegen einer alienatio judicii mutandi causa facta noch praktischen Nutzen, und worauf kann sie gegen den dolosen Veräußerer oder dessen Erben gerichtet werden?
2) Wie lange dauert diese Klage?
3) Welche Wirkung hat eine auf denselben Grund gebaute Einrede?

Zu 1) Sie wird gebraucht gegen eine Veräußerung unter Lebenden, welche zum Nachtheil eines Andern in der böslichen Absicht unternommen wurde, damit dieser einen anderen Gegner bekomme, und ihm dadurch die Verfolgung seines Rechts erschwert oder ganz vereitelt werde. Ihr Gebrauch kommt unter andern vor bei der cessio in potentiorem, wovon oben im allgem. Theil Kap. III. §. 221. zu Fr. 4. die Rede war, und Glück Thl. VI. S. 58 ein besonders bemerkenswerthes Beispiel anführt. Ferner gegen denjenigen, qui dolo desiit possidere; zwar scheint sie da ganz überflüssig, weil dieser ja doch fortwährend als Besitzer behandelt wird; allein es gibt, wie man aus l. 3. §. 2. 3. l. 4. pr. D. 4. 7. — l. 24. D. 10. 3. sieht, Fälle, wo es nicht wohl angeht, den Veräußerer als fictus possessor zu behandeln, auch kann dem Kläger zuweilen in Ansehung der Beweislast die actio in factum, bei welcher er nur zu beweisen hat, daß die Veräußerung dolo malo geschehen sey, vortheilhafter seyn, als die rei vin-

dicatio utilis, welche den Beweis des Eigenthums erforderlich macht. Die l. un. C. 2. 55. stellt deshalb die beiderlei Klagen in die Wahl des Klägers.

Die actio in factum bewirkt zwar nicht die Rescission der geschehenen Veräußerung, aber der Beklagte muß entweder den Streit so übernehmen, als besäße er noch, l. 3. §. 5. D. 4. 7., oder den Kläger für alles dasjenige schadlos halten, was er dadurch verliert, daß er sein Recht wider einen beschwerlicheren Gegner verfolgen muß; l. 3. §. 4. 5. cit.*)

Gegen die Erben des Veräußerers kann nach R. R. die Klage nur insoweit sie bereichert sind, angestellt werden, Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 1001., v. Wening-Ingenheim Lehbr. Bd. II. (§. 323.) S. 373.; allein nach canonischem Recht, welchem die Praxis folgt, muß man die Verbindlichkeit der Erben schlechthin, soweit der Nachlaß zureicht, behaupten; Glück Thl. VI. S. 56. Anm. 100.

Zu 2) Die Meinung Einiger, welche nach der Analogie der l. ult. C. 2. 53. ein quadriennium continuum statuiren, wie Glück a. a. O. S. 57., Schweppe a. a. O., Duaren. ad tit. Dig. IV. 2. Opp. p. 138., scheint deswegen mit Recht gemißbilligt zu werden, weil l. 6. D. 4. 7. diese Klage ausdrücklich auf eine Jahresfrist beschränkt, welche als tempus utile von der Zeit an beginnt, da man Kenntniß von der Veräußerung erlangt hat, und nirgends gesagt ist, daß diese Klage an die Stelle einer in integrum restitutio trete, und jedenfalls, was von der eigentlichen restitutio in integrum gilt, keine Ausdehnung gestattet; Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. §. 277., v. Wening-Ingenheim a. a. O., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. IV. tit. 7. §. 15., Boehmer Introd. in jus Dig. h. t. §. 4.

Zu 3) Der Beklagte kann sich von der Einlassung auf die Klage des Dritten durch die Einrede, daß die Veräußerung judicii mutandi causa geschehen sey, befreien, aber freilich muß er den dolus des Veräußerers beweisen; Glück a. a. O., v. Wening-Ingenheim a. a. O., l. 11. D. 4. 7.

---

*) Eine besondere Wirkung hat nach der lex Licinia die Klage in dem Falle, wenn ein Miteigenthümer seinen Antheil arglistig auf eine seinem Miteigenthümer schädliche Weise veräußert. Da soll nämlich das Recht sowohl für den Erwerber, als für den Veräußernden verloren gehen; Glück a. a. O. S. 58.

Register.

☞ Die römische Ziffer bedeutet den Band; von den arabischen Ziffern zeigt die eine die Seite des Bandes, die letzte die beantwortete Rechtsfrage an.

A.

B.

C.

E.

F.

G.

J. I.

K.

M.

R.

S.

T.

U.

V.

W.

Z.

Druck von G. Kreysing in Leipzig.

Holzschuher, Rudolph <<von>>,

Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts ein Handbuch für Praktiker

Bd.: 3

Leipzig 1864